المغني

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي ت ٦٢٠ هـ
على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقي

ويليه

الشرح الكبير

لشمس الدين عبد الرحمن بن محمد
ابن أحمد بن قدامة المقدسي ت ٦٨٢ هـ
وكلاهما على مذهب إمام الأئمة أبي عبد الله أحمد بن حنبل

تحقيق

الدكتور محمد شرف الدين خطاب
رئيس قسم الشريعة بجامعة المنيا

الدكتور السيد محمد السيد
الأستاذ سيد إبراهيم صادق

الجزء الرابع عشر

دار الحديث
القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

المغني

ويليه

الشرح الكبير

اسم الكتاب : المغني

اسم المؤلف : ابن قدامة المقدسي

اسم المحقق : د محمد شرف الدين ، د السيد محمد السيد

القطع : ١٧×٢٤سم

عدد المجلدات : ١٤ مجلدًا + ٢ فهارس

سنة الطبع : ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م

رقم الإيداع : ٩٦٣٣ / ١٩٩٥م

الترقيم الدولى : ٢ - ٠٦٨ - ٥٢٢٧ - ٩٧٧

دار الحديث

طبع . نشر . توزيع

١٤٠ شارع جوهر القائد أمام جامعة الأزهر تليفون ٥١١٣٠٢٦ / ٥٩١٨٧١٩ / ٥٩١٩٦٩٧ / فاكس ٥٩١٩٦٩٧

www.darelhadith.com E-mail: info@darelhadith.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتـــاب الشـــــهادات

والأصل فى الشهادات الكتـاب والسنة والإجماع والعبرة، أما الكتـاب: فقول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ (البقرة: ٢٨٢) وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (الطلاق: ٢) ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ (البقـرة: ٢٨٢). وأما السنة: فما روى وائل بن حجـر، قال: «جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبى ﷺ فقـال الحضرمى: يا رسول الله إن هذا غلبنى علـى أرض لى، فقال الكندى: هى أرضى وفى يدى فليس له فيها حق، فـقال النبى ﷺ للحضرمى: «ألك بينة؟» قال لا، قال: «فلك يمينه» قال: يا رسول الله الرجل فـاجر لا يبالى على ما حلف عليه وليس يتورع من شىء، قال: «ليس لك منه إلا ذلك» قال: فانطلق الرجل ليحلف له فقال رسول الله ﷺ لما أدبر: «لئن حلف على ماله ليأكله ظلمًا ليلقين الله تعالى وهو عنه معرض»[(١)] قال الترمذيك هذا حديث حسن صحيح، وروى محمـد بن عبد الله العرزمى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه»[(٢)] قال

كتـــاب الشـــــهادات

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ وقـال سـبحـانه: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ وقال عز وجل: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ وأما السنة فروى وائل ابن حُجْرٍ ﷺ قـال: جاء رجل مـن حضـرموت ورجل من كـندة إلى النبى ﷺ، فقـال الحضرمى: يا رسول الله، إن هذا غـلبنى على أرض لى، فقال الكندى: هى أرضى وفى يدى فليس له فيها حق، فقال النبى ﷺ لـلحضرمى: «ألك بينة؟» فقال: لا، قال ﷺ: «فلك يمينه» قـال: يا رسول الله الرجل فاجـر لا يبالى على ما حلف عليـه وليس يتورع من شىء، قال: «ليس لك منه إلا ذلك» قال: فانطلق الرجل ليحلف له، فقال النبى ﷺ: «لأن حلف على ماله ليأكله ظلمًا ليلقين الله وهو عنه معرض» قـال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح، وروى محمد بن عبد الله العزرمى عن عمرو بنِ شُعَيبٍ عن أبيه عن جده أنَّ النبى ﷺ قال: «البينة على المدعى واليـمين على المدعى عليه» قال الترمـذى: هذا حديث فى إسناده مقال، والعزرمى يضـعف فى الحديث من قبل حـفظه ضعفـه ابنُ المباركِ وغـيره، إلا أن أهل العلم

---

(١) تقدم فى المسألة رقم (١٧٧٧/ حديث ٤٠).

(٢) تقدم فى المسألة رقم (٨٠٧/ ح٣٤).

الترمذى: هذا حديث فى إسناده مـقال والعرزمى يضعف فى الحديث من قبل حـفظه، ضعفه ابن المبارك وغـيره إلا أن أهل العلم أجمعوا على هذا، قال التـرمذى: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصـحاب النبى ﷺ وغـيرهم، ولأن الحـاجة داعـية إلى الشـهادة لحـصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع إليها، قـال شريح: القضاء جَمْر فَنَحِّه عنك بعودين، يعنى الشاهدين، وإنما الخصم داء والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء.

فصل: وتحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية لقول الله تعالى: ﴿وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ (البقرة: ٢٨٢) وقـال تعـالـى: ﴿وَلا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ (البقرة: ٢٨٣) وإنما خص القلب بالإثم لأنه موضع العلم بهـا، ولأن الشهادة أمانة فلزم أداؤها كسائر الأمانات.

إذا ثبت هذا: فإن دعى إلى تحـمل شهادة فى نكاح أو دين أو غـيره لزمتـه الإجابة، وإن كانت عنده شـهادة فدعى إلى أدائهـا لزمه ذلك، فإن قـام بالفرض فى التـحمل أو الأداء اثنان سقط عن الجـميع وإن امتنع الكل أثمـوا، وإنما يأثم المـمتنع إذا لم يكن عليه ضـرر وكانت شهادته تنفع، فإن كان عليه ضرر فى التحمل أو الأداء أو كان ممن لا تقبل شهادته، أو يحتاج إلى التبذل فى التـزكية ونحوها لم يلزمـه، لقول الله تعالى: ﴿وَلا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلا شَهِيدٌ﴾ (البقرة: ٢٨٢) وقول النبى ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٣] ولأنه لا يلزمه أن يضر بنفسه لنفع

أجمعوا على هذا[1]، قال الترمذى: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وغيـرهم، ولأن العبرة تقتـضى مشروعـية الشهادة فـإن الحاجة داعـية إليها لحـصول التجاحد بين الناس فـوجب الرجوع إليها، قال شريح: القضاء جـمر فنحه عنك بعودين يعنى الشاهدين، وإنمـا الخصم داء والشهود شـفاء فأفرغ الشفـاء على الداء، واشتقاق الـشهادة من المشاهدة، لأن الشاهد يخبر عما شاهده، وقـيل: لأن الشاهد يخبره ويجعل الحاكم كالشاهد للمشهود عليه وتسمى بينة، لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق فى المختلف فيه.

أ- مسألة: (تحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية إذا قام بها من يكفى سقطت عن الباقين، وإن لم يقم بها أحد تعينت على من وجد).

لقول الله تعالى: ﴿وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ وقال: ﴿وَلا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ وإنما خص القلب بالإثم، لأنه موضع العلم بها، ولأن الشهادة أمانة فلزم أداؤها كسائر الأمانات، وقال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ (النساء: ٥٨) إذا ثبت هذا فإذا دعى إلى تحمل شهادة فى نكاح أو دين أو عـدة لزمته الإجابة، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾ (النساء: ١٣٥) فإن قام بالفرض فى التحمل

---

(٣) تقدم فى مسألة رقم (٤٣٧/ ح ٤٢).

(أ) انظر الإجماع لابن المنذر (ص٦٣/ ٢٥٥).

غيره، وإذا كان ممن لا تقبل شهادته لم يجب عـليه لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه، وهل يأثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه؟ فيه وجهان: أحدهما: يأثم لأنه قد تعين بدعائه ولأنه منهى عن الامتناع بقوله: ﴿وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ والثانى: لا يأثم لأن غيره يقوم مقامه فلم يتـعين فى حقه كما لو لم يدع إليها، فـأما قول الله تعالى: ﴿وَلا يُضَـارَّ كَـاتِبٌ وَلا شَهِيدٌ﴾ فقد قرئ بالفتح والرفع، فمن رفع فهو خبر معناه النهى ويحتمل معنيين: أحدهـما: أن يكون الكاتب فاعلاً أى لا يضـر الكاتب والشهيد من يدعـوه بأن لا يجيب أو يكتب ما لم يستكتب، أو يشهد ما لم يستشهد به، والثانى: أن يكون يضار فعل ما لم يسم فاعله، فيكون معناه ومـعنى الفتح واحـداً أى لا يضر الكاتب والشهـيد بأن يقطعـهما عن شـغلهمـا بالكتابة والشهادة ويمنعا حاجتهما.

واشتقاق الشهادة من المشاهدة، لأن الشاهد يخبر عما يشاهده، وقيل: لأن الشاهد بخبره جعل الحاكم كالمشـاهد للمشهود عليه وتسمى بينة، لأنها تبين مـا التبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه.

١٨٨٢ - مسألة: قال: **(ولا يقبل فى الزنا إلا أربعة رجال عدول أحرار مسلمين).**

أجمع المسلمون على أنه لا يقبل فى الزنا أقل من أربعة شهود، وقد نص الله تعالى عليه

والأداء اثنان سقط عن الجـميع، وإن امتنع الكل أثمـوا، وإنما يأثم الممـتنع إذا لم يكن عليه ضرر وكانت شـهادته تنفع، فإن كان عليـه ضرر فى التحمل أو الأداء، أو كـان ممن لا تقبل شهادته أو يحـتاج إلى التبذل فى التـزكية لم تلزمه لقـول الله تعالى: ﴿وَلا يُضَـارَّ كَـاتِبٌ وَلا شَهِيدٌ﴾ (البقرة: ٢٨٢) وقول النبى ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وإنه لا يلزمه أن يضر نفسه لنفع غيره، وإذا كان ممن لا تقبل شهادته لم تجب عـليه لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه، وهل يأثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مـقامه؟ فيه وجهان: أحـدهـما: يأثم، لأنه قـد تعين بدعاية، ولأنه منهى عن الامـتناع بقوله تعالى: ﴿وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ (البقرة: ٢٨٢) والثانى: لا يأثم، لأن غيره يقوم مقامه فلم تتعين فى حقه، كما لو لم يدع إليها، فأما قول الله تعالى: ﴿وَلا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلا شَهِيدٌ﴾ فقد قرئ بالفتح والرفع فمن رفع فهو خبر معناه النهى ويحتمل معنيين: أحدهـما: أن يكون الكاتب فاعلاً أى لا يضر الكاتب ولا الشهيد من يدعوه بألا يجيب أو يكتب ما لم يستكتب أو يشهد بما لم يستشهد، والثانى: أن يكون «يضار» فعل ما لم يسم فاعله فـيكون معناه ومعنى الفتح واحـداً أى لا يضر الكاتب والشهيد بقطعـهما عن شغلهما بالكتابة والشهادة ويمنعا حاجتهما.

2- مسألة: **(قال الخرقى: ومن لزمته الشهادة فعليـه أن يقوم بها على القريب والبعيد لا يسعه التخلف عن إقامتها وهو قادر على ذلك).**

قد ذكرنا أن الشهادة من فروض الكفايات فإن تعـينت عليه بأن لا يتحملها من يكفى فيها

بقوله سبحانه: ﴿ لَوْلا جَاءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُوْلَئِكَ عِندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ ﴾ (النور: ١٣) في آي سواها، وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «أربعة وإلا حد فى ظهرك»(٤) فى اخبار سوى هذا، وأجـمعوا على أنه يشترط كونهم مسلـمين عدولاً ظاهرًا وباطنًا، وسواء كان المشهود عليه مسلمًا أو ذميًا وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالاً أحرارًا فلا تقبل شهادة النساء ولا العبيد، وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى، وشذ أبو ثور فقال: تقبل فيه شهادة العبيد، وحكى عن عطاء وحماد أنهما قالا: تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين لأنه نقص واحد من عدد الرجال فقام مقامه امرأتان كالأموال.

ولنا: ظاهر الآية وأن العبد مـختلف فى شهادته فى المال فكان ذلك شبـهة فى الحد لأنه بالشبهات يندرئ، ولا يصلح قـياس هذا على الأموال لخفة حكمها وشدة الحـاجة إلى إثباتها لكثرة وقوعها والاحتياط فى حفظها ولهذا زيد فى عدد شهود الزنا على شهود المال.

فـصل: وفى الإقرار بالـزنا روايتان: ذكرهما أبو بكر، وللشافعى فيه قولان: **أحدهـما:** يثبت بشاهدين قياسًا على سائر الأقارير، **والثـانى:** لا يثبت إلا بأربعة لأنه موجب لحد الزنا أشبه فعله.

١٨٨٣- مـسـألة: قـال: **(ولا يقبل فيما سوى الأمـوال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين)** .

سواه لزمه القيام بها، وإن قام بها من يكفى غـيره سقط عنه أداؤها إذا قبلها الحاكم، فإن كان تحملهـا جماعة فـأداؤها واجب على الكل إذا امتنعوا أثمـوا كلهم كسائر فـروض الكفايات، ودليل وجوبها قول الله تعالى: ﴿ وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ ﴾ (المـائدة: ٨) وفى آية أخـرى: ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ ﴾ (النساء: ١٣٥) ولأن الشهادة أمانة فلزمه أداؤها كالوديعة.

3- مـسألة: (ولا يجوز لمن تعينت عليه أخذ الأجرة عليها، ولا يجوز ذلك لمن لم تتعين عليه فى أصح الوجهين) .

من له كفاية فليس له أخـذ الجعل على الشهادة، لأنها أداء فرض، فـإن فرض الكفاية إذا قام به البـعض وقع منهم فرضًا، وإن لم تكن له كـفاية ولا تعينت عليه حل له أخـذ الجعل، لأن النفقـة على عياله فرض عـين فلا يشتغل عـنه بفرض الكفاية، فإذا أخـذ الرزق جمع بين الأمرين، فإن تعينت عليه الشهادة احتمل ذلك أيضًا، واحتمل ألا يجوز لئلا يأخذ العوض عن أداء فروض الأعيان، وقـال أصحاب الشافعى: لا يجوز أخذ الأجـرة لمن تعينت عليه، وهل يجوز لغيره؟ على وجهين.

---

(٤) تقدم في (٨/ ١٠٥).

وهذا القسم نوعان: أحدهـما: العقوبات وهى الحدود والقصاص فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين إلا ما روى عن عطاء وحماد أنهما قالا: يقبل فيه رجل وامرأتان قياسًا على الشهادة فى الأموال.

ولنا: أن هذا ما يحـتاط لدرئه وإسقـاطه ولهذا يندرئ بالشبـهات ولا تدعو الحـاجة إلى إثباته، وفى شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَىٰ﴾ (البـقـرة: ٢٨٢)وأنه لا تقبل شهـادتهن وإن كثرن، ما لم يكن معـهن رجل، فوجب أن لا تقبل شهادتهن فيه، ولا يصح قياس هذا على المال لما ذكرنا من الفرق.

وبهذا الذى ذكرنا قال سعيد بن المسيب والشعبى والنخعى وحماد والزهرى وربيعة ومالك والشافـعى وأبو عبيد وأبو ثـور وأصحاب الرأى واتفق هؤلاء وغيـرهم على أنها تثبت بشـهادة رجلين ما خلا الزنا، إلا الحسن فإنه قال: الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا، لأنه يتعلق به إتلاف النفس فأشبه الزنا.

ولنا: أنه أحد نوعى القصـاص فأشبه القصـاص فى الطرف، وما ذكره من الوصف لا أثر له، فإن الزنا الموجب للحـد لا يثبت إلا بأربعة، ولأن حد الزنا حق لله تعـالى يقبل الرجوع عن الإقرار به، ويعتبـر فى شهداء هذا النوع من الحرية والذكورية والإسلام والعدالة مـا يعتبر فى شهداء الزنا على ما سنذكره.

الثـــانى:ما ليس بعـقوبة كالنكاح والرجـعة والطلاق والعتـاق والإيلاء والظهار والنسب

4- مـــســألة: (ومن كانت عنده شـهادة فى حد لله تـعالى أبيح إقامـتها ولم يسـتحب، وللحاكم أن يعرض له بالوقوف عنها فى أحد الوجهين).

يجوز للشـاهد إقامـة الشهادة فى حـدود الله تعالى من غـير تقـدم دعوى، لأن أبا بكرة وأصحابه شهـدوا على المغيرة (2)، وشهد الجارود وأبو هريرة على قـدامة بن مظعون بشرب الخمر من غير تقدم دعوى فأجيزت شهادتهم (3) ولا يستحب أداؤها لقول رسول الله ﷺ: «من ستـر عورة ستره الله فى الدنيـا والآخرة» (4) وللحاكـم أن يعرض للشاهد بـالوقوف عن الشهادة فى أظهر الروايتين لما روى صالح فى مسائله عن أبى عثمان النهدى قال: جاء رجل إلى عمر فشهد على المـغيرة بن شعبة فتغير لون عمر، ثم جاء آخـر فشهد فاستنكر ذلك، ثم جاء شاب يخطر بيديه فقـال عمر: ما عندك يا سلح العقاب؟ وصاح به عمر صـيحة فقال أبو عثـمان: والله لقد كدت أن يغـشى على، فقال: يا أمـير المؤمنين رأيت أمرًا قـبيحًا، فـقال: الحمد لله الذى لم يشمت الشيطان بأصحاب محمد فأمر بأولئك النفر فجلدوا، وفى رواية أنه

---

(2)أخرجـه البيهـقى فى «السنن» (٨/ ٢٣٤، ٢٣٥) وابن أبى شيـبة فى «الحدود» بـاب «فى الرجل يقذف الرجل» (٦/ ٤٩٧).

(3)تقدم فى المسألة رقم (١٥٤٢/ برقم ٣٠) مغنى.

(4)تقدم فى (ج٣/ ٢٢٨).

والتوكيل والوصيـة إليه والولاء والكتابة وأشباه هذا، فقال القاضى: المـعول عليه فى المذهب أن هذا لا يثبت إلا بشـاهدين ذكرين ولا تقبل فـيه شهادة النـساء بحال، وقد نص أحـمد فى رواية الجمـاعة على أنه لا تجوز شهـادة النساء فى النكاح والطلاق، وقد نقل عن أحـمد فى الوكالة إن كانت بمطالبة دين، يعنى تقبل فيه شهـادة رجل وامرأتين فأما غير ذلك فلا، ووجه ذلك: أن الوكالة فى اقتضاء الدين يقصد منها المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحوالة، قال القاضى: فيخرج من هذا أن النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة، ومـا عداه يخرج على روايتـين، وقال أبو الخطاب: يخرج فى النكاح والعـتاق أيضًا روايـتان: **إحداهـما:** لا تقبل فيه إلا شهـادة رجلين، وهو قول النخعى والزهرى ومالك وأهل المدينة والشافعى وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وربيعة فى الطلاق، **والثانية:** تقبل فيه شهـادة رجلين وامرأتين، روى ذلك عن جابر بن زيد وإياس بن معاوية والشـعبى والثورى وإسحاق وأصحاب الرأى، وروى ذلك فى النكاح عن عطاء، واحتـجوا بأنه لا يسقط بالشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال.

لما شهد عنده على المغيرة شهد ثـلاثة وبقى واحد، فقال عمر: أرى شابّا حسنًا وأرجو أن لا يفضح الله على لسانه رجلاً من أصحاب محمد ﷺ، وهذا تعريض ظاهر.

5- مـسألة: (ومن كانت عنده شهادة لآدمى يعلمها لم يقمها حتى يسأله، فإن لم يعلمها استحب له إعلامه بها وله إقامتها قبل ذلك).

إذا كان المشهـود له يعلم له شهادة عند إنسان لم يقمـها الشاهد حتى يسأله صاحـبها لما روى عن النبى ﷺ أنه قـال: «خير الـناس قرنى ثم الذين يلونهم ثم يأتى قـوم ينذرون ولا يوفون، ويشهـدون ولا يستشهدون، ويخـونون ولا يؤتمنون» رواه البخارى[5]، فـإن كـان لا يعلمها استحب له إعلام صاحبها بها كالوديعة، وله أداؤها قبل إعلامه لقول النبى ﷺ: «ألا أنبئكم بخيـر الشهداء؟ الذى يأتى بشهادته قـبل أن يسألها» رواه أبو داود[6]، فـيـتعـين حمل الحديث على هذه الصورة جمعًا بين الخبرين.

6- مـسألة: (ولا يجوز أن يشهد إلا بما يعلمه برؤية أو سماع).

وجملة ذلك أن الشهادة لا تجوز إلا بما يعلمه بدليل قول الله تعالى: ﴿**إِلاَّ مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ**﴾ (الزخرف: ٨٦) وقوله تعالى: ﴿**وَلا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْؤُولاً**﴾ (الإسراء: ٣٦) وتخصيص هذه الثلاثة بالسؤال، لأن العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر، لأن مدرك الشهادة الرؤية والسماع وهما بالبصر.

---

(5) تقدم فى «النذور» رقم (١) مغنى.

(6) أخرجه مسلم فى «الأقضية» (٣/ ١٣٤٤) وأبو داود فى «الشهادات» (٣/ ح٣٥٩٦) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ٧٢٠).

ولنا: أنه ليس بمـال ولا المقصـود منه المال ويطلع عليـه الرجال، فلم يكن للـنساء فى شهادته مدخل كـالحدود والقصاص وما ذكروه لا يصح، فإن الشبـهة لا مدخل لها فى النكاح وإن تصور بأن تكون المرأة مرتابة بالحمل، لم يصح النكاح.

فـصل: **وقد نقل عن أحمد ﷺ فى الإعسـار ما يدل على أنه لا يثبت إلا بثلاثة لحديث** قبيصة بن المخارق: «حتى يشهد ثلاثة من ذوى الحجا من قومه لقد أصابت فلانًا فاقة»(٥) قال أحمـد: هكذا جاء الحـديث، فظاهر هذا أنه أخـذ به، وروى عنه أنه لا يقبل قـوله إنه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل، فظاهر هذا أنه يقبل فى الوصية شهادة رجل واحد، وقال فى الرجل يوصى ولا يحضره إلا النساء قال: أجيز شهادة النساء، فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهـادة النساء على الانفـراد إذا لم يحضره الرجـال، قال القاضى: والـمذهب أن هذا كله لا يثبت إلا بشاهدين، وحديث قبيصة فى حل المسألة لا فى الإعسار.

وقد روى عن ابن عـباس أنه قـال: سئل رسـول الله ﷺ عن الشهـادة قال: «هل ترى الشمس؟» قال: نعم، قال: «على مثلها فاشهد أو دع» رواه الخلال بإسناده فى جامعه (7)، إذا ثبت هذا فإن مدارك العلم كالشم والذوق واللمس لا حاجة إليها فى الشهادة فى الأغلب.

7- مـســألة: (والرؤية تختص بالأفعال كـالقتل والغـصب والسرقـة وشرب الخـمر والرضاعة والولادة وغيرها).

فهذا لا يتحـمل الشهادة إلا بالرؤية، لأنه تمكن الشهادة عليه قـطعًا، ومن ذلك الصفات المرئية فى المبيع ونحوها فلا يرجع إلى غير ذلك.

8- مـســألة: (والسمـاع على ضربين: سمـاع من الشهود عليـه نحو الإقرار والعـقود والطلاق).

ونحو ذلك، فيحتاج أن يسمع كلام المتعاقدين يقينًا ولا تعتبر رؤية المتعاقدين إذا عرفهما وتيقن أنه كـلامهمـا، وبهذا قال ابن عبـاس والزهرى وربيعة والليـث وشريح وعطاء وابن أبى ليلى ومالك، وذهب أبو حنيفة والشافعى إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه، لأن الأصوات تشتبه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية كالخط.

ولنا: أنه عرف المـشهود علـيه يقينًا فـجازت شهـادته عليه كمـا لو رآه، وجواز اشتـباه

---

(٥) تقدم فى المسألة (٤٣٠/ ح١٢٠).

(7) أخرجه الحـاكم فى «المستدرك» (٤/ ٩٨) وصححـه، وقال الذهبى: واه، فعمرو قـال ابن عدى: كان يسرق الحديث، وابن مشمول ضعفه غير واحد، والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ١٥٦) وذكره الزيلعى فى «نصب الراية» (٤/ ٨٢) وعزاه إلـى ابن عدى فى «الكامل» والعقـيلى فى «كتـابه» وأعلاه بمحـمد بن سليمان بن مشمـول، وأسند ابن عدى تضعيفه عن النسائى ووافقه، وقال: عـامة ما يرويه لا يتابع عليه إسنادًا ولا متنًا. اهـ.

فــصل: ولا يثبت شيء من هذين الـنوعين بشاهد ويمـين المدّعى ، لأنه إذا لم يثبت بشهـادة رجل وامرأتين فلئلا يثبت بـشهادة واحد ويمـين أولى، قال أحمد ومـالك فى الشاهد واليمين: إنمـا يكون ذلك فى الأموال خاصة، لا يقع فى حد ولا نكاح ولا طلاق ولا عـتاقة ولا سرقة ولا قتل.

وقد قال الخـرقى: إذا ادّعى العبد أن سيـده أعتقه وأتى بشاهد، حـلف مع شاهده وصار حرّا ونص عليه أحمد، وقال فى شريكين فى عبـد ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا معسـرين عدلين: فللعبد أن يحلف مع كل واحد منهمـا ويصير حرّا، أو يحلف مع أحدهما ويـصير نصفه حـرّا، فيخرج مـثل هذا فى الكتابة والولاء والوصية والوديعـة والوكالة فيكون فى الجمـيع روايتان، ما خلا العقوبات البـدنية والنكاح وحقوقه فإنهـا لا تثبت بشاهد ويمين قولاً واحدًا، قـال القاضى: المعول عليه فى جميع مـا ذكرناه أنه لا يثبت إلا بشاهدين وهو قول الشافعى وروى الدارقطنى بإسناده عن أبى سلمة عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: «استشرت جبريل فى القضاء باليمين مع الشاهد فأشار علىَّ فى الأموال: لا تعد ذلك»(٦) وقال عمرو بن دينار: عن ابن عباس عن النبى ﷺ: أنه قـضى بالشاهد واليمين، قال: نعم، فى الأموال(٧)، وتفسير الراوى أولى من تفسير غيره، رواه الإمام أحمد وغيره بإسنادهم.

الأصوات كـجواز اشتبـاه الصور، وإنما تجوز الشـهادة لمن عرف المـشهود عليه يقـينًا، وقد يحصل العلم بالسماع يقينًا، وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية، ولهذا قبلت رواية الأعمى ورواية من روى عن أزواج رسول الله ﷺ من غير محارمهن.

فــصل: إذا عرف المشهود عليـه باسمه وعينه ونسبه جاز أن يشهـد عليه حاضرًا كان أو غائبًا ، وإن لم يعرف ذلك لم يجز أن يشهد عليه مع غيبته وجاز أن يشهد عليه حاضرًا بمعرفة عينه، نص عليه أحمد، قال مهنا: سـألت أحمد عن رجل يشهد لرجل بحق له على آخر وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا إلا أنه يشهد له فقـال: إذا قال: أشهد أن لهذا على هذا وهما شاهدان جميعًا فلا بأس، وإذا كان غائبًا فـلا يشهد حتى يعرف اسمه، والمرأة كالرجل فى أنه إذا عرف اسمهـا جاز أن يشهد عليها مع غيبـتها، وإن لم يعرفها لم يشهـد عليها إلا فى حال حضورها، قال أحمد فى رواية الجماعـة: لا تشهد إلا لمن تعرف وعلى من تعرف ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها، وإن كانت ممن قد عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فليشهد وإلا

---

(٦) ذكره السيوطى فـى «الجامع الكبير» (١/ ١٠٥) وعزاه إلى أبى نعيم وابن منده فى «المـعرفة» والديلمى عن إبراهيم بن الحسين عن أسيد عن جده مسلمة بن قيس، وأخرجه الدارقطنى فى «السنن» (٤/ ٢١٣) من حديث أبى هريرة بلفظ: «أن النبى ﷺ قضى باليمين على الشاهد».

(٧) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٦٠٨) وابن ماجه (٢/ ٢٣٧٠) وأحـمد (١/ ٢٤٨، ٣١٥، ٣٢٣) والبيهقى فى «السنن الكبرى» (١٠/ ١٦٨) وإسناده صحيح.

١٨٨٤- **مسألة:** قال: **(ولا يقبل فى الأموال أقل من رجل وامرأتين ورجل عدل مع يمين الطالب)**.

وجملة ذلك: أن المال كالفرض والغصب والديون كلها وما يقصد به المال كالبيع والوقف والإجارة والهبة والصلح والمساقاة والمضاربة والشركة والوصية له والجناية الموجبة للمال كجناية الخطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفة وما دون الموضحة من الشجاج تثبت بشهادة رجل وامرأتين، وقال أبو بكر: لا تثبت الجناية فى البدن بشهادة رجل وامرأتين، لأنها جناية فأشبهت ما يوجب القصاص، والأول أصح لأن موجبها المال فأشبهت البيع، وفارق ما يوجب القصاص، لأن القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء، وكذلك ما يوجبه، والمال يثبت بشهادة النساء، وكذلك ما يوجبه، ولا خلاف فى أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال، وقد نص الله تعالى على ذلك فى كتابه بقوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ إلى قوله: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ (البقرة: ٢٨٢) وأجمع أهل العلم على القول به، وقد ذكرنا خبر أبى هريرة وابن عباس فيه.

فصل: وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين، روى ذلك عن أبى

فلا يشهد، فأما إن لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها، ويجوز أن يشهد على عينها إذا عرف عينها ونظر إلى وجهها، قال أحمد: لا تشهد على امرأة حتى تنظر إلى وجهها، وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها فأما من تيقن معرفتها ويعرف صوتها يقينًا فيجوز أن يشهد عليها إذا تيقن صوتها على ما قدمناه فى المسألة قبلها، فإن لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه فروى عن أحمد أنه قال: لا يشهد على شهادة غيره إلا بمعرفته لها، وقال: لا يجوز للرجل أن يقول للرجل: أشهد أن هذه فلانة ويشهد على شهادته وهذا، صريح فى المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره.

وقال القاضى: يجوز أن يحمل هذا على الاستحباب لتجويزه الشهادة بالاستفاضة، وظاهر قوله المنع منه، وقال أحمد: لا تشهد على امرأة إلا بإذن زوجها، وهذا يحتمل أنه لا يدخل عليها بيتها إلا بإذن زوجها لما روى عمرو بن العاص قال: نهى رسول الله ﷺ أن يستأذن على النساء إلا بإذن أزواجهن، رواه أحمد فى مسنده(8)، فأما الشهادة عليها فى غير بيتها فجائزة، لأن إقرارها صحيح، وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح فجاز أن يشهد عليها به.

فصل: إذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر الشهادة فهل يجوز أن يشهد بذلك؟ على روايتين: **إحداهما:** لا يجوز، قال أحمد فى رواية حرب فيمن يرى خطه وخاتمه ولا يذكر

---

(8) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٤/ ٢٠٣) والترمذى فى «الأدب» (٥/ ح٢٧٧٩) بلفظ: «نهانا أن ندخل على النساء بغير إذن أزواجهن» قال الترمذى: حديث حسن صحيح.

بكر وعمر وعثمان(٨) وعلـى ﷺ(٩) وهو قول الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والحسن وشريح وإياس وعبد الله بن عتـبة وأبى سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يعـمر وربيعة ومالك وابن أبى ليلى وأبى الزناد والشافـعى، وقال الشعبى والنخـعى وأصحاب الرأى والأوزاعى: لا يقضى بشاهد ويمين، وقال محمد بن الحسـن: من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لأن الله تعالى قال: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ (البـقرة: ٢٨٢) فمن زاد فـى ذلك فقد زاد فى الـنص والزيادة فى النص نسخ، ولأن النبى قال: «البـينة على المدّعى واليـمين على من أنكر»(١٠) فحصر اليمين فى جانب الـمدّعى عليه كما حصر البينة فى جانب المدعى.

الشهادة: لا يشهد إلا بما يعلم، وقال فى روايـة: يشهد إذا عرف خطه، وكيف تكون الشهادة إلا هكذا؟ وقال فى مـوضع آخر: إذا عرف خطه ولم يحـفظ فلا يشهد إلا أن يكون منســوخًا عنده موضوعًـا تحت ختمه وحرزه فيـشهد وإن لم يحفظ، وقال أيضًـا: إذا كان ردىء الحفظ يشهد ويكتبها عنده وهذه رواية ثالثة، وهو أن يشهد إذا كانت مكتوبة عنده بخطه فى حرزه ولا يشهد إذا لم تكن كذلك بمنزلة القاضى فى إحدى الروايتين إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه ولا يمضيه إذا لم يكن كذلك.

9- مسألة: (والضرب الثانى: سماع من جهة الاستفاضة فيما يتعذر علمه فى الغالب إلا بذلك كالنـسب والموت والملك والنكاح والخلع والوقف ومـصرفه والعـتق والولاء والولاية والعزل وما أشبه ذلك).

قال الخرقى: وما تـظاهرت به الأخبار واستقرت معـرفته فى قلبه شهد به كـالشهادة على النسب والولادة، وأجمع أهل العلم على صحة الشهادة بالنسب(9)، قال ابن المنذر: لا أعلم أحدًا من أهل العلم منع منه ولو منع ذلك لاستحالت معرفته إذ لا سبيل إلى معرفته قطعًا بغيره ولا تمكن المشاهدة فيه ولو اعتبرت لمـا عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحدًا من أقاربه، وقد قال الله تعالى: ﴿يَعْرِفُونَهُ كَمَا يَعْرِفُونَ أَبْنَاءَهُمْ﴾ (البـقرة: ١٤٦) وكذلك الولادة، واختلف أهل العلم فيمـا تجوز الشهادة عليـه بالاستفاضـة غير النسب والولادة فقـال أصحابنا: هو تسعـة أشياء: النكاح والملك المطلق والوقف ومصرفه والمـوت والعتق والولاء والولاية والعزل، وبهذا قال

---

(٨) أخرجه الدارقطنى فى «الـسنن» (٤/ ٢١٥) والحديث فى إسناده أبو بكر بن عبد الله بن مـحمد بن أبى سيرة القرشى العامرى، رواه أحمد وابن عدى بالوضع، وضعفه آخرون.

(٩) أخرجه الـترمذى فى «الأحكام» (٣/ ٦٢٧، ٦٢٨) والبيـهقى فى «السنن» (١٠/ ١٦٩، ١٧٠، ١٧١) والدارقطنى فى «السنن» (٤/ ٢١٥) وإسناده منقطع، وصححه الألبانى فى صحيح الترمذى (٢/ ٣٨).

(١٠) تقدم فى المسألة رقم (٨٠٧/ ح٣٤).

(9) انظر ابن المنذر فى «الإجماع» (٦٤/ ٢٦١).

ولنا: ما روى سـهيل عن أبيه عن أبى هريرة قـال: «قضى رسول الله ﷺ باليـمين مع الشاهـد الواحد»(١١) رواه سعيد بن منصور فى سننه والأئمـة من أهل السنن والمسانيد، قال الترمذى: هذا حـديث حسن غريب، وفى الباب عن على وابن عباس وجـابر ومسروق(١٢)، وقال النسائى: إسناد حديث ابن عباس فـى اليمين مع الشاهد إسناد جيد(١٣)، ولأن اليمـين تشرع فى حق من ظهر صدقـه وقوى جانبه، ولذلك شرعت فى حق صاحب اليـد لقوة جنبته بها، وفى حق المنكر لقوة جنبته فإن الأصل براءة ذمته، والمدّعى ههنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين فى حقه، ولا حجة لهم فى الآية لأنها دلت على مشروعية الشاهدين والشاهد والمرأتين ولا نـزاع فى هذا، وقولهم: إن الزيادة فى النص نسخ، غـير صحـيح، لأن النسخ الرفع والإزالة، والزيادة فى الشىء تقرير له لا رفع، والحكم بالشـاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفـعه، ولأن الزيادة لو كانت متصلة بـالمزيد عليه لم ترفعه ولـم تكن نسخًا، وكذلك إذا انفصلت عنه، ولأن الآية واردة فى التـحمل دون الأداء، ولهذا قال: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَىٰ﴾ (البقرة: ٢٨٢) والنزاع فى الأداء، وحديثهم ضعيف وليس هو للحصر بدليل أن اليـمين تشرع فى حق المودع إذا ادّعى رد الوديعـة وتلفها، وفى حق الأمناء لظهور جناياتهم، وفى حق الملاعن، وفى القسامة، وتشرع فى حق البائع والمشترى إذا اختلفا فى الثمن والسلعـة قائمة، وقول محـمد فى نقض قضاء من قـضى بالشاهد واليمـين يتضمن

أبو سعيد الإصطخـرى وبعض أصحاب الشافعى، وقال بعـضهم: لا تجوز فى الوقف والولاء والعتق والزوجيـة، لأن الشهادة ممكنة فـيه بالقطع، ولأنها شهادة بعـقد فأشبه سـائر العقود، وقال أبو حنيـفة: لا تقبل إلا فى النكاح والمـوت ولا تقبل فى الملك المطلق، لأنها شـهادة بمال فأشبه الدين، وقال صاحباه: تقبل فى الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس.

ولنا: أن هذه تتعـذر الشهادة عليـها فى الغالب بمشـاهدتها أو مشـاهدة أسبابها فـجازت الشهادة عليـها بالاستفاضة كـالنسب، قال مالك: ليس عندنا من يشهد على أحـباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا بالسـماع، وقال: السـماع فى الأحبـاس والولاء جائز، وقال أحـمد فى رواية المروذى: أشهـد أن دار بختان لبختـان وإن لم يشهدك، وقيل له: تشهـد أن فلانة امرأة فلان ولـم تشهد؟ فقال: نعم، وإذا كان مستفـيضًا فأشهد، أقول: فاطمة بنت رسول الله، وأن خديجة وعائشة زوجتاه، وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة، **فإن قيل**: يمكنه العلم بذلك

---

(١١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٦١٠) والتـرمذى (٣/ ١٣٤٣) وابن ماجه (٢/ ٢٣٦٨) والبيـهقى فى «السنن» (١٠/ ١٦٨، ١٦٩) وإسناده صحيح.

(١٢) وفى نسخة: مشرِّق وهو الصحيح كما أشار بذلك الزيلعى فى «نصب الراية» (٤/ ١٠٠).

(١٣) أخرجـه أبو داود (٣/ ٣٦٠٨) وابن ماجه (٢/ ٢٣٧٠) والبـيهقى فى «الـسنن الكبرى» (١٠/ ١٦٨) وإسناده صحيح.

القول بنقض قضـاء رسول الله ﷺ والخلفاء الذين قضوا به، وقـد قال الله تعالى: ﴿ فَـلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ (النساء: ٦٥) والقضـاء بما قضى به محمد بن عبد الله ﷺ أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له.

فـصل: قال القاضي: **يجوز أن يحلف على ما لا تسوغ الشهادة عليه** مثل أن يجد بخطه دينًا له على إنسان وهو يعرف أنه لا يكتب إلا حقّـا ولم يذكره، أو يجد في رزمانج(*) أبيـه بخطه دينًا له على إنسان ويعـرف من أبيه الأمانة، وأنه لا يكتب إلا حقّـا فله أن يحلف عليه، ولا يجوز أن يشهد به، ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن إليه جاز أن يحلف عليه ولم يجز له أن يشهد به، وبهذا قال الشافعي، والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين: **أحدهما:** أن الشهادة لغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه لأن الحق إنما هو للحالف فلا يزور أحد عليه، **الثاني:** أن ما يكتبه الإنسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة.

فـــصل: وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين فـلا فرق بين كون المدّعى مسلمًا أو كافرًا عدلاً أو فـاسقًا رجـلاً أو امرأة، نص عليه أحمد، لأن من شرعت في حـقه اليمين لا يختلف حكمه باختلاف هذه الأوصاف كالمنكر إذا لم تكن بينة.

بمشاهدة السبب، **قلـنا:** وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سببًا يقينًا فإنه يجوز أن يشترى ما ليس بملك البائع ويصطـاد صيدًا صاده غـيره ثم انفلت منه وأن تصور ذلك فهـو نادر، وقول أصحاب الشافـعي: تمكن الشهادة على الوقف باللفظ، لا يصح، لأن الشهادة ليـست بالعقود هـهنا إنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد فهو بمنزلة الملك، وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد وكذلك الحرية والولاء، وهذه جميعها لا يمكن القطع بها كما لا يمكن القطع بالملك، لأنها مرتبة عليه فوجب أن تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالملك سواء.

10- مـسـألة: (ولا تقبل الاستفاضة إلا من عـدد يقع العلم بخبرهـم في ظاهر كلام أحمد والخرقي وقال القاضي: تسمع من عدلين فصاعدًا)

ذكره في المـحرر، لأن الحقوق تـثبت بقول اثنين، وهذا قـول المتأخرين من أصـحاب الشافـعي، والقول الأول هو الذي تقـضيه لفظة الاسـتفاضـة، فإنهـا مأخوذة من فـيض الماء لكثرته، ولأنه لو اكتفى فيه بقول اثنين لا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة على الشهادة، وإنما اكتفى بمـجرد السماع وقد ذكر شـيخنا في كتاب المقنع الخلـع فيما يثبت بالاستـفاضة، ولم يذكره في المغني ولا في الكافي ولا رأيته في كتـاب غيره، ولعله قاسه على النكاح، والأولى أنه لا يثبت قياسًا على الطلاق، والنكاح بخلاف الخلع.

(*) رزمانج: أي دفتره.

فصل: قال أحمد: مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد، **فإن أبى أن يحلف استحلف المطلوب**، وهذا قول مالك والشافعى، ويروى عن أحمد، فإن أبى المطلوب أن يحلف ثبت الحق عليه.

فصل: ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعى، وبه قال الشافعى، وقال مالك: يقبل ذلك فى الأموال، لأنهما فى الأموال أقيمتا مقام الرجل فحلف معهما كما يحلف مع الرجل.

ولنا: أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربع نسوة، وما ذكروه يبطل بهذه الصورة فإنهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لكفى أربع نسوة مقام رجلين ولقبل فى غير الأموال شهادة رجل وامرأتين، ولأن شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل، واليمين ضعيفة فيضم ضعيف إلى ضعيف فلا يقبل.

فصل: إذا ادّعى رجل على رجل أنه سرق نصابًا من حرزه وأقام بذلك شاهدًا وحلف معه أو شهد له بذلك رجل وامرأتان وجب له المال المشهود به إن كان باقيًا، أو قيمته إن كان تالفًا، ولا يجب القطع لأن هذه حجة فى المال دون القطع، وإن ادّعى على رجل أنه قتل وليه عمدًا فأقام شاهدًا وامرأتين، أو حلف مع شاهده لم يثبت قصاص ولا دية، والفرق بين المسألتين أن السرقة توجب القطع والغرم معًا، فإذا لم يثبت أحدهما ثبت الآخر، والقتل العمد موجبه القصاص عينًا فى إحدى الروايتين، والدية بدل عنه، ولا يجب البدل ما لم يوجد

11- **مسألة: (وإن سمع إنسانًا يقر بنسب أب أو ابن فصدقه المقر له جاز أن يشهد له به، وإن كذبه لم يشهد، وإن سكت جاز أن يشهد، ويحتمل ألا يشهد حتى يتكرر).**

إذا سمع رجلاً يقول للصبى: هذا ابنى، جاز أن يشهد به، لأنه مقر بنسبه، وإن سمع الصبى يقول: هذا أبى، فسكت الأب، جاز أيضًا، لأن سكوت الأب إقرار له والإقرار يثبت به النسب فجازت الشهادة به، وإنما أقيم السكوت ههنا مقام الإقرار، لأن الإقرار على الانتساب الباطل غير جائز بخلاف سائر الدعاوى، ولأن النسب يغلب فيه الإثبات، ألا ترى أنه يلحق بالإمكان فى النكاح؟ ويحتمل أن لا يشهد حتى يتكرر، ذكره أبو الخطاب، لأن السكوت ليس بإقرار حقيقى وإنما أقيم مقامه فاعتبرت تقويته بالتكرار كما اعتبرت تقوية اليد فى العقار بالاستمرار.

12- **مسألة: (وإن رأى شيئًا فى يد إنسان يتصرف فيه تصرف الملاك من النقض والبناء والإجارة والإعارة ونحوها جاز أن يشهد بالملك).**

قال ذلك أبو عبد الله بن حامد، وهو قول أبى حنيفة والإصْطَخْرِىِّ من أصحاب الشافعى، ويحتمل أن لا يشهد إلا باليد والتصرف، ذكره القاضى، لأن اليد ليست منحصرة فى ملك فإنه قد يكون إجارة وإعارة وغصب ووكالة، وهو قول بعض أصحاب الشافعى، ووجه الأول أن اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقويها فجرت مجرى الاستفاضة فجاز أن يشهد

المبـدل، وفى الرواية الأخرى: الواجب أحدهمـا لا بعينه، فلا يجـوز أن يتعين أحـدهما إلا بالاختيار أو التـعذر ولم يوجد واحد منهما، وقال ابن أبى مـوسى: لا يجب المال فى السرقة أيضًا إلا بشاهدين، لأنها شهادة على فـعل يوجب الحد والمال فإذا بطلت فى إحداهما بطلت فى الأخرى، والأول أولى لما ذكرناه، وإن ادّعى رجل على رجل أنه ضـرب أخاه بسهم عمدًا فقتله ونفذ إلى أخيه الآخر فقتله خطأ وأقام بذلك شاهدًا وامرأتين، أو شاهدًا وحلف معه ثبت قتل الثانى، لأنه خطأ مـوجبه المال ولم يثبت قتل الأول، لأنه عـمد موجبه القصـاص، فهما كالجنايتين المفترقتين، وعلى قول أبى بكر لا يثبت شىء منهما، لأن الجناية عنده لا تثبت إلا بشاهدين، سواء كان مـوجبها المال أو غيره، ولو ادّعى رجل على آخر أنه سـرق منه وغصبه مالاً فـحلف بالطلاق والعتاق مـا سرق منه ولا غصـبه فأقام المـدعى شاهدًا وامرأتين شـهدا بالسرقة والغـصب، أو أقام شاهدًا وحلف معه اسـتحق المسروق والمغـصوب، لأنه أتى ببينة يثبـت ذلك بمثلهـا ولم يثبت طلاق ولا عـتاق، لأن هذه البيـنة حجة فى المـال دون الطلاق والعتاق، وظاهر مـذهب الشافعى فى هذا الفصل كـمذهبنا، إلا فيمـا ذكرناه من الخلاف عن أصحابنا.

فـصل: ولو ادّعى جارية فى يد رجل أنها أم ولده، وأن ابنها ابنه منها، ولد فى ملكه، وأقام

بها، كمـا لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبـة، واحتمال كونهـا من غصب وإجارة أو نحو ذلك يعارضه استـمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعًا، كمـا لو شاهد سبب اليد، فإن احتمال كون البائع غير المالك والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا هـهنا، **فإن قـيل**: فإذا بقى الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة إلا بما يعلم، **قلنا**: الظن يسمى علمًـا قال الله تعـالى ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ﴾ (الممتحنة: ١٠) ولا سبيل إلى العلم اليـقينى ههنا فجاز بالظن.

فـصل: قال الشيـخ رحمه الله: **ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكـر شروطه وأنه تزوجها بولى مرشد وشاهدى عدل ورضاها.**

لأن الناس يختلفون فى شروطه فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد معتقدًا صحة النكاح وهو فاسد، فإن شـهد بعقد سواه كالبيع والإجـارة فهل يشترط ذكر شروطه؟ على روايتـين مبنيتين على الروايتين فيما ادعاها، وقد ذكرناه.

13- مـسألة: (وإن شهد بالرضاع فلا بد من ذكر عـدد الرضعات وأنه شرب من ثديها أو من لبن حلب منه).

لأن الناس يختلفون فى الرضعات وفى الرضاع المحرم، فإن شهد أنه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها، ولا بد من ذكر أن ذلك فى الحولين.

بذلك شاهدًا وامرأتين، أو حلف مع شاهده حكم له بالجارية، لأن أم الولد مملوكة له، ولهذا يملك وطأها وإجارتهـا وتزويجها، ويثـبت لها حكم الاستـيلاد بإقراره، لأن إقـراره ينفذ فى ملكه، والملك يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين، ولا يحكم له بالولد لأنه يدّعى نسبه والنسب لا يثبت بذلك ويـدعى حريته أيضًا، فـعلى هذا يقر الولد فى يد المنكر مـملوكًا له، وهذا أحد قولى الشافعى، وقال فى الآخر: يأخذها وولدها ويكون ابنه لأن من ثبتت له العين ثبت له نماؤها والولد نماؤها، وذكر أبو الخطاب فيها عن أحمد روايتين كقولى الشافعى.

ولنا: أنه لم يدع الولد ملكًا، وإنمـا يدّعى حريتـه ونسبـه، وهذان لا يثبـتان بهذه الـبينة فيبقيان على ما كانا عليه.

فـصل: وإن ادّعى رجل أنه خالع امرأته فـأنكرت ثبت ذلك بشاهد وامرأتين، أو يمـين المدعى لأنه يدّعى المال الذى خالعت به، وإن ادعت ذلك المـرأة لم يثبت إلا بشهادة رجلين لأنها لا تقصد منه إلا الفسخ وخلاصها من الزوج ولا يثبت ذلك إلا بهذه البينة.

١٨٨٥ - **مسألة:** قال: **(ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة وما أشبهها شهادة امرأة عدل).**

لا نعلم بين أهل العلم خلافًا فى قبول شهادة النساء المفردات فى الجملة، قال القاضى: والذى تقبل فيه شهـادتهن منفردات خمسة أشياء: الولادة، والاستـهلال، والرضاع، والعيوب

14- **مسألة: (وإن شهد بالقتل احتاج أن يقول: ضـربه بالسيف، أو جرحه فقتله، أو مات من ذلك، فإن قال: جرحه فمات، لم يحكم به).**

لجواز أن يكون مات بغير هذا، وقد روى عن شريح أنه شهد عنده رجل فقال: اتكأ عليه بمرفقه فمات، فقال شريح: فمات منه أو فقتله؟ فأعاد القول الأول، فأعاد عليه شريح سؤاله، فلم يقل فقتله ولا مات منه، فقال له شريح: قم فلا شهادة لك، رواه سعيد(15).

15- **مسألة: (ومن شهد بالزنا فلا بد أن يذكر بمن زنى؟ وأنه رأى ذكره فى فرجها).**

لأن اسم الزنا يطلق على ما لا يوجب الحد، وقـد يعتقد الشاهد ما ليس بزنا زنا فـاعتبر ذكر صـفته ليزول الاحـتمال، واعتـبر ذكر المـرأة لئلا تكون ممن تحل له، أو له فى وطئـها شبهة، وذكـر المكان لئلا تكون الشهادة منهم على فعلين، ومن أصحـابنا من قال: لا يحتاج إلى ذكر المزنى بها ولا ذكر المكان، لأنه محل الفعل فلا يعتبر ذكره كالزمان، والأول أولى، والزمان ممنوع فى أحد الوجـهين فإنه يشترط ذكره لتكون شهـادتهم على فعل واحد لجواز أن يكون ما شهد به أحدهما غير ما شهد به الآخر، ولأن الناس اختلفوا فى الشهادة فى الحد مع تقادم الزمـان فقال ابن أبى مـوسى: لا تقبل، لأن عمـر قال: من شهـد على رجل بحد فلم

---

(15) انظر المسألة رقم (١٩١٦/ ٣٤).

تحت الثياب كالرتق والقرن والبكارة والثيابة والبرص وانقضاء العدة، وعن أبى حنيفة: لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع، لأنه يجوز أن يطلع عليه محارم المرأة من الرجال، فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح.

ولنا: ما روى عقبة بن الحارث قال: تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب فـأتت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما فأتيت النبى ﷺ، فـذكرت ذلك له، فأعرض عنى، ثم أتيته فقلت: يا رسول الله إنها كاذبة، قال: «كيف وقد زعمت ذلك؟»(١٤) متفق عليه، ولأنها شهادة على عورة للنساء فيـها مدخل فقبل فيهـا شهادة النساء كالولادة، وتخالف العـقد فإنه ليس بعورة، وحكى عن أبى حنيفة أيضًا أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل فى الاستهلال، لأنه يكون بعد الولادة، وخالفـه صاحباه وأكـثر أهل العلم، لأنه يكون حال الولادة فيـتعذر حضـور الرجال فأشبه الولادة نفسها.

وقد روى عن على رحـمه الله أنه أجاز شـهادة القـابلة وحدها فى الاستـهلال(١٥)، رواه الإمام أحـمد وسعـيد بن منصور إلا أنه من حـديث جابر الجـعفى، وأجازه شـريح والحسن والحارث العكلى وحماد.

يشهد حـين يصيبه فإنما يشـهد على ضغن(II)، وقال غيـره من أصحابنا: تقبل، لأنهـا شهادة بحق فجـازت مع تقادم الزمان كـالقصاص، ولأنه قـد يعرض له ما يمنعـه الشهادة فى حـينها ويتمكن منها بعد ذلك.

16- مـسـألة: (ومن شهد بالسرقة فلا بد من ذكر المسروق منه والنصاب والحرز وصفة السرقة) لا ختلاف العلماء فى ذلك.

17- مسألة: (وإن شهد بالقذف فلا بد من ذكر المقذوف وصفة القذف) لذلك.

18- مـسـألة: (وإن شهدا أن هذا العـبد ابن أمة فلان لم يحكم به حـتى يقولا: ولدته فى ملكه).

إذا ادعى عبدًا أنه له فشهد له شاهدان أنه ابن أمته، أو ادعى ثمرة شجرة فشهدت له البينة أنها ثمـرة شجرته لم يحكم له بهـا لجواز أن تكون ولدته قـبل تملكها وأثمرت الشـجرة هذه

---

(١٤) تقدم فى المسألة رقم (١٣٦٧/ ح٥).

(١٥) أخرجـه الدارقطنى فى «السنن» (٤/ ٢٣٣) من طريق جابر بن عبـد الله بن نجى عن على قال: ... فذكره، وفيه جابر وهو الجعفى وهو ضعـيف جدًا، وعبد الله بن نجى صدوق، والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ١٥١) وقال: جابر الجـعفى متروك وعبـد الله بن نجى فيه نظر (ورواه) سويد بن عـبد العزيز وهو ضعيف. اهـ. وعبد الرزاق فى «المصنف» (٧/ ١٣٩٨).

(II) ضغن: الضـغن: الحقـد والعداوة والبـغضاء، وذكـر الحديث ابن الأثيـر فى غريب الحديـث (النهاية ٣/ ٩١).

فـصـل: إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات، فإنه تقبل فيه شهادة المرأة الواحدة، وقال طاوس: وتجوز شهادة المرأة فى الرضاع وإن كانت سوداء، وعن أحمد رواية أخرى: لا تقبل فيه إلا امرأتان، وهو قول الحكم وابن أبى ليلى وابن شبرمة وإليه ذهب مالك والثورى، لأن كل جنس يثبت به الحق كفى فيه اثنان كالرجال، ولأن الرجال أكمل منهن عقلاً ولا يقبل منهم إلا اثنان، وقال عثمان البَتِّىُّ: يكفى ثلاث، لأن كل موضع قُبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل، وقال أبو حنيفة: تقبل شهادة المرأة الواحدة فى ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة، وقال عطاء والشعبى وقتادة والشافعى وأبو ثور: لا يقبل فيه إلا أربع، لأنها شهادة من شرطها الحرية فلم يقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات، ولأن النبى ﷺ قال: «شهادة امرأتين بشهادة رجل»(١٦).

ولنا: ما روى عقبة بن الحارث أنه قال: «تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما، فجئت إلى النبى ﷺ فذكرت له ذلك فأعرض عنى ثم ذكرت له ذلك فقال: وكيف وقد زعمت ذلك؟» متفق عليه، وروى حذيفة أن النبى ﷺ أجاز شهادة القابلة(١٧) ذكره الفقهاء فى كتبهم، وروى أبو الخطاب عن ابن عمر أن النبى ﷺ

الثمرة قبل ملكه إياها، وإن قالت البينة: ولدته فى ملكه أو أثمرتها فى ملكه، حكم له بالولد والثمرة، لأنها شهدت أنها نماء ملكه ما لم يرد سبب ينقله عنه، **فإن قيل:** فقد قلتم لا تقبل شهادة بالملك السابق على الصحيح، وهذه شهادة بملك سابق، **قلنا:** الفرق بينهما على تقديم التسليم أن النماء تابع للملك فى الأصل فإثبات ملكه فى الزمن الماضى على وجه التبع، وجرى مجرى ما لو قال: ملكته منذ سنة وأقام البينة بذلك، فإن ملكه يثبت فى الزمن الماضى تبعًا للحال فيكون له النماء فيما مضى، ولأن البينة هـهنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها أو وجودها فى ملكه فقويت بذلك، ولهذا لو شهدت بالسبب فى الزمن الماضى فقالت: أقرضه ألفًا أو باعه، ثبت الملك، وإن لم يذكره فمع ذكره أولى.

19- مـسـألة: (وإن شهدت أنه اشتراها من فلان أو وقفها عليه أو أعتقها لن يحكم بها حتى يقولا وهى فى ملكه).

لما ذكرنا فى المسألة قبلها، ولأنه يجوز أن يبيع ويقف ويعتق ما لا يملك.

20- مـسـألة: (وإن شهد أن هذا الغزل من قطنه والطائر من بيضته أو الدقيق من حنطته حكم له بها).

---

(١٦) أخرجه البخارى (١/ ٣٠٤/ فتح) ومسلم فى كتاب «الأيمان» (١/ ٧٩، ٨٦، ٨٧) وأبو داود (٤/ ٤٦٧٩) والترمذى (٥/ ٢٦١٣) وابن ماجه (٢/ ٤٠٠٣) وأحمد (٢/ ٦٧).

(١٧) أخرجه الدارقطنى (٤/ ٢٣٢، ٢٣٣) وقال فى التنقيح: هو حديث باطل لا أصل له، وأبو عبد الرحمن المدائنى رجل مجهول.

قال: «يجزئ فى الرضاع شهادة امرأة واحدة»(١٨) ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات، وما ذكـره الشافعى من اشتراط الحرية غير مسلم، وقول النبى ﷺ: «شهادة امرأتين بشهادة رجل فى الموضع الذى تشهد فيه مع الرجل».

فـصل: فإن شـهد الرجل بذلك، فقال أبو الخطاب: تقبل شهادته وحده لأنه أكمل من المرأة فإذا اكتفى بها وحدها فلأن يكتفى به أولى، ولأن ما قبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية.

١٨٨٦- **مـسألة:** قـال: **(ومن لزمته الشهادة فعليه أن يقـوم بها على القريب والبعيد لا يسعه التخلف عن إقامتها وهو قادر على ذلك).**

وجملته: أن أداء الشهادة من فروض الكفايات، فإن تعينت عليه بأن لا يتحملها من يكفى فيها سـواه لزمه القيام بها وإن قام بهـا اثنان غيره سقط عنه أداؤها إذا قبلهـا الحاكم، فإن كان تحملهـا جماعة فـأداؤها واجب على الكل إذا امتنعوا أثمـوا كلهم كسائر فـروض الكفايات، ودليل وجوبهـا قول الله تعالى: ﴿وَلا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ (البـقرة: ٢٨٣) وقوله تـعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا﴾ (النساء: ١٣٥) وفى الآية الأخرى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ

لأنه لا يتصور أن يكون الطير مـن بيضته قبل ملكه البيضـة وكذلك الغزل والدقيق، ولأن الغزل عـين القطن، وإنما تغيـرت صفته، والدقـيق أجزاء الحنطة تفرقت، والطيـر هو البيض استحال فكأن البينة قالت: هذا غزله ودقيقه وطـيره وليس كذلك الولد والثمرة فإنهما غير الأم والشجرة، ولو شهـد أن هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حـتى يقول: باضها فى ملكه، لأن البيضة غير الطير وإنما هى من نمـائه فهى كالولد، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل على ما ذكرنا.

فصل: وإذا مات رجل فادعى آخر أنه وارثه فشهد له شاهدان أنه وارثه لا يعلمان له وارثًا غيره سلم المال إليه سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا، وإن قالا: لا نعلم له وارثًا غيره فى هذا البلد، احتمل أن يسلم المال إليه واحتمل أن لا يسلم إليه حتى يستكشف القاضى عن خبره فى البلدان التى سافر إليها.

وجـملة ذلك أن من ادعى أنه وارث فلان الميت فشهد له شاهدان أنه وارثه لا يعلمان له وارثًا غيره قُبلت شهادتهما وسلم المال إليـه، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعى والعنبرى، وقال ابن أبى ليلى: لا يقبل حتى يبينا أنه لا وارث له سواه.

ولنا: أن هذا مما لا يمكن علمه فكفى فيه الظاهر مع شهادة الأصل بعدم وارث آخر، قال أبو الخطاب: سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا، وكذلك ذكره شيخنا، ويحتمل أن

---

(١٨) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٧/ ١٣٩٨٢).

لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلاَّ تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾ (المائدة: ٨) ولأن الشهـادة أمانة فلزمه أداؤها عند طلبـه كالوديعة، ولقـوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُـرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ (النسـاء: ٥٨) فإن عجز عن إقامتـها أو تضرر بها لم تجب عليه لقول الله تعالى: ﴿ وَلا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلا شَهِيدٌ وَإِن تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ ﴾ (البقرة: ٢٨٢).

لا يقـبل إلا من أهل الخبـرة البـاطنة، لأن عدم علمـهم بوارث آخـر ليس بدليل على عدمـه بخلاف أهل الخبرة الباطنة، فـإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر لم يخف عليهم، وهذا قول الشافعى، فأما إن قالا: لا نعلم له وارثًا بهذه البلدة أو بأرض كذا وكذا، احتمل أن يسلم المال إليه، وبهذا قال أبو حنيفة كما لو قـالا: لا نعلم له وارثًا، وذكر ذلك مذهبًا لأحمد، واحتمل أن هذا ليس بدليل على عدم وارث سـواه، لأنهما قـد يعلمان أنه لا وارث له فى تلك الأرض ويعلمان له وارثًا فى غيرها فلم تقبل شهادتهما، كما لو قالا: لا نعلم له وارثًا فى هذا البيت، وهذا قول مالك والشافعى وأبى يوسف ومحمد وهو أولى إن شاء الله تعالى.

فصل: إذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن الميت لا نعلم له وارثًا سواه وشهد آخران لآخر أن هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثًا سواه فلا تعارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ويكون الإرث بينهما، لأنه يجوز أن تعلم كل بينة ما لم تعلمه الأخرى.

21- مسألة: (وتجوز شهادة المستخفى).

المستـخفى هو الذى يخفى نفـسه عن المشهـود عليه ليسمع إقـراره ولا يعلم به مثل أن يجحد الحق علانية ويقر به سرًا فيختـبئ شاهدان فى موضع لا يعلم بهما ليسمعا إقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة، وهو قول الشافعى، وروى عن أحمد رواية أخرى لا تسمع شهادته، اختاره أبو بكر وابن أبى موسى وروى ذلك عن شريح والشعبى، لأن الله تعالى قال: ﴿ وَلا تَجَسَّسُوا ﴾ (الحجرات: ١٢) وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «من حدث بحديث ثم التـفت فهى أمانة»[12] يعنى أنه لا يجوز لسامعه ذكـره عنه لالتفاته وحذره، وقال مالك: إن كان المشهود عليه ضعيفًا ينخدع لم يقبلا عليه وإن لم يكن كذلك قبلت.

ولنا: أنهما شهدا بما سمعاه يقينًا فقبلت شهادتهما كما لو علم بهما.

22- مسألة: (ومن سمع رجلاً يقر بحق أو يشهد شـاهداً بحق أو سمع حاكمًا يحكم أو يشهـد على حكمه وإنفـاذه جاز أن يشهـد به فى إحدى الروايتـين ولا يجوز فى الأخـرى حتى يشهده على ذلك).

اختلفت الرواية عن أحمد رحـمه الله فيمن سمع رجلاً يقـر بحق، فالمذهب أنه يجوز أن يشهـد عليه، وإن لم يقل للشـاهد: اشهـد علىَّ، وهى التى ذكرها الخـرقى وبه قال الشَّـعْبىُّ والشَّافعىُّ، وعن أحمد رواية ثانية: لا يشهد حتى يقول له المقر: اشهد علىَّ، كما لا يجوز أن

---

(12) أخرجه أبو داود فى (٤/ ٤٨٦٨) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٣٢٤، ٣٥٢) وإسناده حسن.

فـصـل: ومن له كفـاية فليس له أخذ الجعل على الشهـادة لأنه أداء فرض، فإن فـرض الكفـاية إذا قام به البـعض وقع منهم فرضًـا، وإن لم تكن له كفـاية ولا تعينت عليـه حل له أخذه، والنفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية، فإذا أخذ الرزق جمع بين الأمرين وإن تعينت عليه الشهادة احتمل ذلك أيضًا واحتمل أن لا يجوز لئلا يأخذ العوض عن أداء فرض عين، وقال أصحاب الشافـعي: لا يجوز أخذ الأجرة لمن تعينت عليه، وهل يجوز لغيره؟ على وجهين.

١٨٨٧- **مـسألة:** قـال: **(وما أدركه من الفعل نظرًا أو سمعـه تيقنًا وإن لم ير المشهود عليه شهد به).**

وجـملة ذلك: أن الشهادة لا تجوز إلا بما علمه بدليل قوله تعالى: ﴿**إِلاَّ مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ**﴾ (الزخرف: ٨٦)وقوله تعالى: ﴿**وَلا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُوْلَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْؤُولاً**﴾ (الإسـراء: ٣٦) وتخصيصه لهـذه الثلاثة بالسؤال لأن العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السـمع والبصر، ولأن مدرك الشهـادة الرؤية والسماع وهما بالبـصر والسمع، وروى عن ابن عباس أنه قـال: سئل رسول الله ﷺ عن الشهـادة قال: «هل ترى الشمس؟» قال: نعم، قال: «على مثلها فـاشهد أو دع» رواه الخلال فى الجامع بإسناده(١٩)، إذا ثبـت

يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه إياها ويقول له: اشهد على شهادتى، وعنه رواية ثالثة إذا سمعه يقر بقرض لا يشهد وإذا سمعه يقر بدين شهد، لأن المقر بالدين معترف أنه عليه والمقر بالقرض لا يعترف بذلك، لجواز أن يكون قد وفاه، وعنه رواية رابعة إذا سمع شيئًا فدعى إلى الشهادة به فـهم بالخيار إن شاء شهـد وإن شاء لم يشهد، قال: ولكن يجب عليـه إذا شهد أن يشهد ﴿**وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا**﴾ (البقرة: ٢٨٢) قال: إذا شهدوا، وقال ابن أبى موسى: إذا سمع رجلاً يقر لرجل بحق ولم يقل: اشهد علىَّ بذلك وسع الشـاهد أن يشهد عليه، فيقول: اشهد أنى حضرت إقرار فلان بكذا، وإن سمعه يقول: اقترضت من فلان أو قبضت من فلان، لم يجز أن يشهد به والصحيح الأول، لأن الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز أن يـشهد به كمـا يجوز أن يشهد بمـا رآه من الأفعال، فأمـا الشهادة على الشهـادة فهى ضعيفة فاعتبرت تقويتها بالاسترعاء، وذكر القاضى أن فى الأفعال روايتين:

إحداهـما: لا يشهد به حتى يقول له المشهود عليه: اشهد، قال شيخنا: وهذا إن أراد به العمـوم فى جمـيع الأفعـال فلا يصح، لأن ذلك يؤدى إلى منـع الشهادة علـيه بالكليـة، فإن الناصب لا يقول لأحد: أشـهد أنى غصبت، ولا السارق ولا الزانى وأشبـاه هؤلاء، وقد شهد

---

(١٩) أخرجه الحاكم (٤/ ٩٧، ٩٨) وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، قال الذهبى: واه، فَعمرو قال ابن عدى: كان يسرق الحديث، وابن مشمول ضعفه غير واحد، والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ١٥٦) وقال محمد: سليمان بن مشمول هذا تكلم فيه الحميدى ولم يرو من وجه يعتمد عليه، والله أعلم.

هذا: فإن مـدرك العلم الذى تقع به الشهـادة اثنان: الرؤية والسمـاع، وما عداهمـا من مدارك العلم كـالشم والذوق واللمس لا حاجـة إليها فـى الشهادة فى الأغلـب، فأما مـا يقع بالرؤية فالأفعـال كالغصب والإتلاف والزنا وشـرب الخمر وسائر الأفـعال، وكذلك الصفات الـمرئية كالعيوب فى المبـيع ونحوها فهذا لا تتحمل الشهادة فيـه إلا بالرؤية، لأنه تمكن الشهادة عليه قطعًا فلا يرجع إلى غير ذلك، وأما السماع فنوعان:

أحدهما: من المشهود عليه مثل العقود كالبيع والإجارة وغيرهما من الأقوال فيحتاج إلى أن يسمع كلام المتعاقدين ولا تعتبر رؤية المتعـاقدين إذا عرفهما وتيقن أنه كلامهما وبهذا قال ابن عبـاس والزهرى وربيعة والليث وشـريح وعطاء وابن أبى ليلى ومالك، وذهب أبو حنيـفة والشافعى إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المـشهود عليه، لأن الأصوات تشتبه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية كالخط.

ولنا: أنه عرف المـشهود علـيه يقينًا فـجازت شهـادته عليه كمـا لو رآه، وجواز اشتـباه الأصوات كجواز اشتباه الصور، وإنما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يقينًا وقد يحصل العلم بالسـماع يقينًا، وقـد اعتـبره الشرع بتـجويزه الرواية من غـير رؤية، ولهـذا قبلت رواية الأعمى ورواية من روى عن أزواج رسول الله ﷺ من غير محارمهن.

وأما النوع الثانى: فسنذكره إن شاء الله تعالى فى المسألة التى تلى هذا.

أبو بكرة وأصحابه على المغيرة بالزنا فلم يقل عمر: هل أشهدكم أو لا؟ ولا قاله للذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر ولا قاله عثمان للذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر، ولم يقل هذا أحد من الصحابة ولا غيرهم ولا بلغنا عن حاكم من حكام المسلمين فى قديم الدهر مخبر صادق وهذا يحصل من غير أن يقال له: اشهد، وكذلك إن سمع الحاكم يحكم أو يشهد على حكمه وإنفاذه جاز أن يشـهد على ذلك فى أظهر الروايتين، **والأخـرى:** لا يجوز حـتى يشهده، ووجههما ما ذكرنا، والله أعلم.

فصل: ولو حضر شاهدان حسابًا بين رجلين شرطا عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئًا كان للشاهدين أن يشهـدا بما سمعاه منهمـا ولم يسقط ذلك بشرطهما، لأن للشاهد أن يـشهد بما سمـعه أو عـلمه، وقـد حصل ذلك سـواء أشهـده أو منعه، وكـذلك يشهـدان على العـقود بحضورهما على الجنايات بمـشاهدتهما ولا يحتاجان إلى إشهـاد، وبه قال ابن سيرين ومالك والثورى والشافعى.

فـصل: والحقـوق على ضربين: أحـدهما: حق لآدمى معين كالحـقوق المالية والنكاح وغيـره من العقـود والعقوبات كـالقصاص وحـد القذف والوقف على آدمى مـعين فـلا تسمع الشهادة فيه إلا بعـد الدعوى، لأن الشهادة فيه حق لآدمى فلا يستـوفى إلا بعد مطالبته وإذنه، ولأنها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجز تقديمها عليه، **الضرب الثانى:** ما كان حقًا لآدمى

فـــصل: إذا عرف المشهود عليـه باسمه وعينه ونسبه جاز أن يشهـد عليه حاضرًا كان أو غائبًا، وإن لم يعرف ذلك لم يجز أن يشهد عليه مع غيبته وجاز أن يشهد عليه حاضرًا بمعرفة عينه نص عليه أحمد، قال مـهنا: سألت أحمد عن رجل شهد لرجل بحق له على رجل وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا إلا أنه يشهد له فقـال: إذا قال: أشهد أن لهذا على هذا وهما شاهدان جميعًا فلا بأس، وإن كان غائبًا فلا يشهد حتى يعرف اسمه.

فـــصل: والمرأة كالرجل فى أنه إذا عرفها وعرف اسمهـا ونسبها جاز أن يشهد عليها مع غيبـتها، وإن لم يعرفها لم يشهد عليها مع غيبتها، قال أحمد فى رواية الجماعة: لا تشهد إلا لمن تعرف وعلى من تعـرف ولا يشهد إلا على امـرأة قد عرفـها، وإن كانت ممن قـد عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فليشهد وإلا فلا يشـهد، فأما إن لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبـتها، ويجوز أن يشهـد على عينها إذا عرف عـينها ونظر إلى وجهها، قـال أحمد: ولا يشهـد على امرأة حـتى ينظر إلى وجـهها، وهذا مـحمـول على الشهـادة على من لم يتـيقن معرفتهـا، فأما من تيقن معرفتها وتعـرف بصوتها يقينًا فيجوز أن يشهد عليـها إذا تيقن صوتها على ما قدمناه فى المسألة قبلها، فإن لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه، فقد روى عن أحمد أنه قال: لا يشهد على شهادة غيره إلا بمعرفته لها، وقال: لا يجوز للرجل أن يقول للرجل: أنا أشهد أن هذه فلانة ويشهد على شـهادته، وهذا صريح فى المنع من الشهادة على

غير معين كالوقـوف على الفقراء والمساكين أو على مسجد أو سقاية أو مقـبرة مسبلة والوصية لشيء من ذلك أو نحو هذا، وما كـان حقا لله تعالى كالحدود الخالـصة لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فـلا تفتقر الشهـادة إلى تقدم الدعوى، لأن ذلك ليس له مـستحق معين مـن الآدميين يدعيه ويطالـب به، ولذلك شهد أبو بكرة وأصحـابه على المغيرة وشهـد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر من غير تقـدم دعوى فأجيزت شهادتهم، ولذلك لم يعتبر فى ابتـداء الوقف قبـول من أحد ولا رضى منه، وكـذلك ما لا يتـعلق به حق أحـد كتحـريم الزوجة بالطلاق أو الظهـار أو إعتاق الرقيق تجوز الـحسبة به ولا تعتـبر فيه الدعـوى فلو شهد شاهدان بعتق عبد أو أمة ابـتداء ثبت ذلك سواء صدقهما المشهود عليـه أو لم يصدقهما وبهذا قال الشافـعى، وقال به أبو حنيفة فى الأمة، وقـال فى العبد: لا يثبت ما لم يصـدق العبد به ويدعيه، لأن العتق حقه فأشبه سائر حقوقه.

ولنا: أنها شـهادة بعتق فـلا تفتقر إلى تقـدم الدعوى كعـتق الأمة وتخالف سائر حـقوق الآدمى، لأنه حق لله تعالـى ولهذا لا يفتـقر إلى قبـول العتق، ودليل ذلك الأمـة وبه يبطل ما ذكروه، فإن قـال: الأمة يتعلق بإعتـاقها تحريم الوطء، قلنا: هذا لا أثر له، فـإن البيع يوجب تحريمها عليه ولا تسمع الشهادة إلا بعد الدعوى.

من لا يعرفـه بتعريف غيره، وقـال القاضى: يجوز أن يحمـل هذا على الاستحباب لـتجويزه الشهادة بالاستفاضة، وظاهر قوله المنع منه، وقال أحمد: لا يشهد على امرأة إلا بإذن زوجها وهذا يحتمل أنه لا يدخل عليها بيـتها ليشهد عليها إلا بإذن زوجهـا لما روى عمرو بن العاص قـال: نهى رسـول الله ﷺ أن يسـتأذن على الـنساء إلا بـإذن أزواجهن، رواه أحـمـد فى مـسنده(٢٠) فأما الشهادة عليها فى غير بيتهـا فجائزة، لأن إقرارها صحيح وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح فجاز أن يشهد عليها به.

فـصل: وإذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر أنه شهد به فهل يجوز له أن يشهد بذلك؟ فيه روايتان:

إحداهـما: لا يجوز أن يشهد بها قال أحمـد فى رواية حرب فيمن يرى خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة قـال: لا يشهد إلا بما يعلم، وقال فى رواية غيره: يشـهد إذا عرف خطه وكيف تكون الشهـادة إلا هكذا؟ وقال فى موضع آخـر: إذا عرف خطه ولـم يحفظ فلا يشـهد إلا أن يكون منسوخًا عنده موضـوعًا تحت ختمه وحرزه فيشهـد وإن لم يحفظ، وقال أيضًا: إذا كان رديء الحفظ فيـشهد ويكتبهـا عنده، وهذه رواية ثالثة: وهو أن يشهد إذا كـانت مكتوبة عنده بخطه فى حـرزه ولا يشهد إذا لم تكـن كذلك بمنزلة القـاضى فى إحدى الروايتـين: إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه أمضاه، ولا يمضيه إذا لم يكن كذلك.

فـصـل: قال الشيـخ رحمه الله: **(إذا شهد أحدهمـا أنه غصبه ثوبًا أحمـر وشهد آخر أنه غصبه ثوبًا أبيض أو شهد أحدهما أنه غصبـه اليوم وشهد الآخر أنه غصبه أمس لم تكمل البينة، وكذلك كل شهادة على الفعل إذا اختلفا فى الوقت)**.

متى كانت الشـهادة على الفعل فاختلف الشاهـدان فى زمنه أو مكانه أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شـهادتهما مثل أن يشـهد أحدهما أنه غصبـه دينارًا يوم السبت بدمشق ويشهد الآخر أنه غصبـه بمصر أو يشهد أحدهما أنه غصبه دينارًا ويشـهد الآخر أنه غصبه ثوبًا فلا تكمل الشهادة، لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان، وهكذا إن اختلفا فى زمن القتل ومكانه أو صفته أو فى شرب الخمر أو القذف لم تكمل الشـهادة، لأن ما شهد به أحد الشاهدين غير الذى شهد به الآخر فـلم يشهد بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحـد فلم يقبل إلا على قول أبى بكر، فإن هذه الشهادة تكمل ويثبت المشـهود به إذا اختلفا فى الزمان أو المكان، فأما إن اختلفا فى صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيسًا أبيض وشهد الآخر أنه سرق مع الزوال كيسًا أسود أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الـكيس غدوة وشهد الآخر أنه سرقه عشيًا لم تكمل الشهادة، ذكره ابن حامـد، وقال أبو بكر: تكمل الشهادة، والأول أصح، لأن كل فعل لم يشهده إلا واحد على ما قـدمنا، فإن اختلفا فى صفة المشهود به اخـتلافًا يوجب تغايرهما

---

(٢٠) أخرجه أحمد (٤/ ٢٠٣) وإسناده صحيح.

١٨٨٨- **مسألة:** قال: **(وما تظاهرت به الأخبار واستقرت معرفته فى قلبه شهد به كالشهادة على النسب والولادة).**

هذا النوع الثانى من السماع وهو ما يعلمه بالاستفاضة، وأجمع أهل العلم على صحة الشهادة بها فى النسب والولادة، قال ابن المنذر(٢١): أما النسب فلا أعلم أحدًا من أهل العلم منع منه ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به إذ لا سبيل إلى معرفته قطعًا بغيره ولا تمكن المشاهدة فيه ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحدًا من أقاربه وقال: قال الله تعالى: ﴿يَعْرِفُونَهُ كَمَا يَعْرِفُونَ أَبْنَاءَهُمْ﴾ (البقرة: ١٤٦) واختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة فقال أصحابنا: هو تسعة أشياء: النكاح، والملك المطلق، والوقف، ومصرفه، والموت والعتق والولاء، والولاية، والعزل، وبهذا قال أبو سعيد الاصْطَخْرِيُّ وبعض أصحاب الشافعى، وقال بعضهم: لا تجوز فى الوقف والولاء والعتق والزوجية، لأن الشهادة ممكنة فيه بالقطع، فإنها شهادة بعقد فأشبه سائر العقود، وقال أبو حنيفة: لا تقبل إلا فى النكاح والموت ولا تقبل فى الملك المطلق، لأنها شهادة بمال أشبه الدين، وقال صاحباه: يقبل فى الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس.

ولنا: أن هذه الأشياء تتعذر الشهادة عليها فى الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة أسبابها

مثل أن يشهد أحدهما بثوب والآخر بدينار فلا خلاف فى أن الشهادة لا تكمل، لأنه لا يمكن إيجابهما جميعًا، لأنه يكون إيجاب حق عليه بشهادة واحد ولا إيجاب أحدهما بعينه، لأن الأخر لم يشهد به وليس أحدهما أولى من الآخر، فأما إن شهد بكل فعل شاهدان واختلفا فى المكان أو الزمان أو الصفة ثبتا جميعًا لأن كلا منهما قد شهد به بينة عادلة لو انفردت أثبتت الحق، وشهادة الأخرى لا تعارضها لإمكان الجمع بينهما إلا أن يكون الفعل مما لا يمكن تكراره كقتل رجل بعينه فتتعارض البينتان لعلمنا أن إحداهما كاذبة ولا نعلم أيتهما هى؟ بخلاف ما تكرر، ويمكن صدق البينتين فيه فإنهما يثبتان جميعًا إن ادعاهما وإن لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه دون ما لم يدعه، وإن شهد اثنان أنه سرق مع الزوال كيسًا أسود وشهد آخران أنه سرق مع الزوال كيسًا أبيض أو شهد اثنان أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخران أنه سرقه عيشًا فقال القاضى: يتعارضان، وهو مذهب الشافعى كما لو كان المشهود به قتلاً، قال شيخنا: والصحيح أن هذا لا تعارض فيه، لأنه يمكن صدق البينتين بأن يسرق عند الزوال كيسين أبيض وأسود وتشهد كل بينة بأحدهما، ويمكن أن يسرق كيسًا غدوة ثم يعود إلى صاحبه أو غيره فيسرقه عيشًا ومع إمكان الجمع لا تعارض، فعلى هذا إن دعاهما المشهود له ثبتا له فى الصورة الأولى، وأما فى الصورة الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب، فإن المشهود به وإن كان فعلين لكنهما فى محل واحد فلا يجب أكثر من ضمانه، وإن لم يدع

---

(٢١) انظر ابن المنذر فى «الإجماع» (٦٤/ ٢٦١).

فجازت الشهـادة عليها بالاستفـاضة كالنسب، قال مالك: ليس عندنا من يشهـد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا بالسماع، وقال مالك: السماع فى الأحباس والولاء جائز، وقال أحمد فـى رواية المروذى: أشهد أن دار بخـتان لبختـان وإن لم يشهدك، وقيل له: تشـهد أن فلانة امرأة فلان ولـم تشهـد النكاح؟ فقال: نعم إذا كان مستفيضًا فأشـهد أقول: إن فاطمة ابنة رسول الله ﷺ وإن خديجة وعائشة زوجاه وكل أحـد يشهد بذلك من غير مشاهدة، فــإن قـيل: يمكنه العلم فى هذه الأشياء بمشاهدة السبب، قلـنا: وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سببًا يقينًا فإنه يجوز أن يشترى مـا ليس بملك البائع ويصطاد صيدًا صاده غيره ثم انفلت منه، وإن تصور ذلـك فهو نادر، وقـول أصحـاب الشافـعى: تمكن الشهـادة فى الوقف باللفظ لا يصح، لأن الشهـادة ليست بالعقود هـــهنا، وإنما يشهـد بالوقف الحاصل بالعقد فـهو بمنزلة الملك، وكذلك يشهد بالزوجـية دون العقد، وكذلك الحرية والولاء وهذه جمـيعها لا يمكن القطع بها كما لا يمكن القطع بالملك، لأنها مترتبة على الملك فوجب أن تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالملك سواء، قال مـالك: ليس عندنا من شهد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا على السماع، إذا ثبت هذا: فكلام أحمد والخِرَقىِّ يقتـضى أن لا يشهد بالاستفاضة حتى تكثر به الأخبار ويســمعه من عدد كثير يحصل به العلم لقـول الخرقى: فيما تظاهرت به

المشهود له إلا أحـد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعـواه إياه، وإن شهد له شاهد بسرقة كيس فـى يوم وشهد آخر بسرقته كـيس فى يوم آخر أو شهد أحدهما بســرقته من مكان وشهد آخر بسرقته فى مكان آخر أو شهد أحدهما بغصب كيس أبيض وشهد آخر بغصب كيس أسود فادعاها المشهود له فله أن يحلف مع كل واحد منهما ويحكم له به لأنه مال قد شهد له شاهد وإن لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه ولم يثبت له الآخر، لأنه لم يدعه.

23- مـسـألة: (وإن شهد أحدهما أنه أقر له بألف أمـس وشهد آخر أنه أقر له بألف اليوم أو شهـد أحدهما أنه باعـه داره أمس وشهد آخـر أنه باعه إياها اليـوم كملت البينـة وثبت البيع والإقرار، وكذلك كل شهادة على القول).

أما إذا شهد أحدهما أنه أقر له بألف أمس وشـهد آخر أنه أقر له بألف اليوم كملت البينة، لأن الألف التى شهـد بها أحـدهما هى الألف التى شـهد بها الآخـر، ولأن الشاهدين شـهدا بألف، وإن شهد أحدهما أنه باعه أمس وشهد آخر أنـه باعه اليوم، أو شهد أحدهما أنه طلقها أمس وشهد آخر أنه طلقـها اليوم، فقال أصحابنا: تكمل الشهـادة، وقال الشافعى: لا تكمل، لأن كل واحد من البيع والطلاق لم يشـهد به إلا واحد أشبه ما لو شهـد بالغصب فى وقتين، ووجه قـول أصحابنا أن المشـهود به شىء واحد يجـوز أن يعاد مرة بعد أخـرى ويكون واحدًا فاختـلافهمـا فى الوقت ليس باختـلاف فيه فلم يؤثر كـما لو شهد أحـدهما بالعربيـة والآخر بالفارسية، وكذلك الحكم فى كل شهادة على قـول فالحكم فيه كالحكم فى البيع إلا النكاح،

الأخبــار واستقرت مـعرفته فى القلب، يعنى حـصل العلم به، وذكر القاضى فى المـجرد أنه يكفى أن يسمع من اثنين عدلين ويـسكن قلبه إلى خبرهما لأن الحقـوق تثبت بقول اثنين وهذا قول المتأخـرين من أصحاب الشافعى، والقول الأول هو الذى يقـتضيه لفظ الاستفـاضة فإنها مأخـوذة من فيض الماء لكثرتـه ولأنه لو اكتفى فيـه بقول اثنين لا يشتـرط فيه ما يشـترط فى الشهادة على الشهادة وإنما اكتفى بمجرد السماع.

فصل: فإن كان فى يد الرجل دار أو عقار يتصرف فيها تصرف الملاك بالسكنى والإعارة والإجارة والعمارة والهدم والبناء من غير منازع فقال أبو عبد الله بن حامد: يجوز أن يشهد له بملكها، وهو قول أبى حنيفة والإصطخرى من أصحـاب الشافعى، قال القاضى: ويحتمل أن لا يشهـد إلا بما شاهده من الملك واليـد والتصرف لأن اليـد ليست منحصـرة فى الملك قد تكون بإجارة وإعارة وغـصب، وهذا قول بعض أصحاب الشافـعى، ووجه الأول أن اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقـويها فجرت مجرى الاستفاضة فجـاز أن يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة، واحتمال كونها عن غصب أو إجارة يعارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعًا، كما لو شاهد سبب اليد، فإن احتمال كون البائع غير مالك والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا ههنا، **فإن قـيل:** فإذا بقى الاحتمال لم يحصل العلم

فإنه كـالفعل، إذا شـهد أحدهمـا أنه تزوجهـا أمس وشهد الآخـر أنه تزوجها اليـوم لم تكمل الشهادة فى قولهم جميعًا، لأن النكاح أمس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين إلا شاهد واحد فلم يثبت كما لو كانت الشهادة على فعل.

24- مـسـألة: (وكذلك القذف إذا شهـد أحدهما أنه قذفه غدوة وشهـد الآخر أنه قذفه عشية أو شهد أحدهما أنه قذفه بالعربية وشهد الآخر أنه قذفه بالعجمية أو اختلفا فى المكان لم يثبت القذف).

لأن القذف فى مكان غير القذف فى المكان الآخـر، وكذلك الاختلاف فى الزمان، وقال أبو بكر: يثبت الـقذف، لأن المشـهود به واحد وإن اختـلفت العبارة واخـتلف الزمان والأول المذهب.

فصل: فى الشهادة على الإقرار بالفعل مثل أن يشهد أحدهما أنه أقر عندى يوم الخميس بدمشق أنه قتله أو قذفـه أو غصبه كذا أو أن له فى ذمته كذا ويشهـد الآخر أنه أقر عندى بهذا يوم السبت بحمص، كملت شهادتهما، وبهـذا قال أبو حنيفة والشافعى، وقال زفر: لا تكمل شهادتهما، لأن كل إقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة كالشهادة على الفعل.

ولنا: أن المقر به واحد، وقد شهد اثنان بالإقرار به فكملت شهادتهما كما لو كان الإقرار بهما واحدًا وفارق الشهادة على الفعل فإن الشهـادة فيها على فعلين مختلفين فنظيره من الإقرار أن يشهد أحدهما أنه أقر عندى أنه قتله يوم الخمـيس وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة

ولا تجوز الشهادة إلا بما يعلم، قلـنا: الظن يسمى علمًا، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ﴾ (الممتحنة: ١٠) ولا سبيل إلى العلم اليقينى ها هنا فجازت بالظن.

فــصل: وإذا سمع رجلاً يقـول لصبى: هذا ابنى، جاز أن يشهد به، لأنه مقـر بنسبه، وإن سمع الصبى يقول: هذا أبى، والرجل يسمعه فسكت، جاز أن يشهد أيضًا، لأن سكوت الأب إقرار له، والإقرار يثبت النسب فـجازت الشهادة به، وإنما أقيم السكوت هـٰـهنا مقام الإقرار، لأن الإقرار على الانتساب الباطل جائز بخلاف سائر الدعاوى، ولأن النسب يغلب فيه الإثبات ألا ترى أنه يلحق بالإمكان فى النكاح؟ وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يشهد مع السكوت حتى يتكرر لأن السكوت ليس بإقرار حـقيقى، وإنما أقيم مقـامه فاعتبرت تقويتـه بالتكرار كما اعتبرت تقوية اليد فى العقار بالاستمرار.

فــصل: وإذا شهد عـدلان أن فلانًا مات وخلف من الورثة فـلانًا وفلانًا لا نعلم له وارثًا غيـرهما قبلـت شهادتهـما، وبهذا قال أبو حنيـفة ومالك والشافعـى والعنبرى، وقال ابن أبى ليلى: حتى يبينا أنه لا وارث له سواهما.

ولنا: أن هذا مما لا يمكن علمـه فيكفى فيه الظاهر مع شهـادة الأصل بعدم وارث آخر، قال أبو الخطاب: سواء كانا من أهل الخبـرة الباطنة أو لم يكونا، ويحتمل أن لا تقبل إلا من

فإن شهادتهما لا تقبل ههنا ويحقق ما ذكرناه أنه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة فى حق كل واحد والعـادة جارية بطلب الشهود فى أمـاكنهم لا فى جمعهم إلى الـمشهود له فيـمضى إليهم فى أوقات منفردة وأماكن مختلفة فيشهدهم على إقراره، فإن كان الإقرار بفعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهمـا: أشهد أنه أقر عندى أنه قتله يوم الخميس، وقال الآخـر: أشهد أنه أقر عندى أنه قذفه بالعـجمية، لم تكمل الشهـادة، لأن الذى يشهد به أحدهما غيـر الذى شهد به صاحبـه فلم تكمل الشهادة كما لـو شهد أحدهما أنه أقـر أنه غصبه دنانير، وشـهد الآخر أنه غصـبه دراهم لم تكمل، وعلى قـول أبى بكر تكمل الشهـادة فى القتل والقـذف، لأن القذف بالعربية أو العجمـية والقتل بالبصرة أو الكوفة ليس من المقتضى فلا تعـتبر فى الشهادة والأول أصح.

فــصل: فإن شهد أحـدهما أنه غصبه هذا العبـد وشهد الآخر أنه أقر بغصـبه منه كملت الشهـادة ويحكم بها، لأنه يجوز أن يكون الغصب الذى أقر بـه هو الذى شهد الشاهد به فلم يختلف الفعل وكملت الشهادة كما لو شهدا فى وقتين على إقراره بالغصب، وقال القاضى: لا تكمل الشهادة ولا يحكم بها، وهو قول الشافعى، لأنه يجـوز أن يكون ما أقر به غير ما شهد به الشاهد، وهذا يبطل بالشهادة على إقرارين فإنه يجوز أن يكون ما أقر به عند أحد الشاهدين غير ما أقر به عـند الآخر إذا كانا فى وقتين مختلفين، ولأنه إذا أمكن جـعل الشهادة على فعل واحد لم يحـمل على اثنين كالإقرارين، وكـما لو شهـد بالغصب اثنان وشهـد على الإقرار به

أهل الخبرة البـاطنة، لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه بـخلاف أهل الخبرة الباطنة فإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر لم يخف عليهم وهذا قول الشافعى، فأما إن قالا: لا نعلم له وارثًا بهذه البلـدة أو بأرض كذا وكذا، لم تقبل، وبهـذا قال مالك والشـافعى وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: يقـضى به كما لو قالا: لا نعلم له وارثًا، وذكر ذلك مذهبًا لأحمد أيضًا.

ولنا: أن هذا ليس بدليل على عـدم الوارث، لأنهما قد يـعلمان أنه لا وارث له فى تلك الأرض ويعلمان أن له وارثًا فى غيرها فلم تقبل شهـادتهما، كما لو قالا: لا نعلم له وارثًا فى هذا البيت.

١٨٨٩- مسألة: قال: **(من لم يكن من الرجال والنساء عاقلاً مسلمًا بالغًا عدلاً لم تجز شهادته)**.

وجملته أن يعتبر فى الشاهد سبعة شروط: **أحدها:** أن يكون عاقلاً ولا تقبل شهادة من ليس بعاقل إجـماعًا، قاله ابـن المنذر، وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو طفـولية، وذلك لأنه ليس بمحصل ولا تحصل الثقـة بقوله، ولأنه لا يأثم بكذبه ولا يتحرز منه، **الثـانى:** أن يكون مسلمًا، ونذكر هذا فيما بعد إن شاء الله تعالى، **الثالث:** أن يكون بالغًا فلا تقبل شهادة

اثنان، فإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبـد من زيد أو أقر بغصبه منه وشهد الآخر أنه ملك زيد لم تكمل شهادتهما، لأنهما لم يشـهدا على شىء واحد وإن شهد أنه أخذه من يديه ألزمه الحاكم رده إلى يديه، لأن اليد دليل الـملك فيرده إلى يده لتكون دلالتها ثابتـة له، قال مهنا: سألت أبا عبد الله عن رجل ادعى دارًا فى يد رجل وأقام شاهدين شهد أحدهما قال: أشهد أن هذه الدار لفلان، وقال الآخر: أشهد أن هذه الدار دار فلان، قال: شهادتهما جائزة.

25- مـسألة: (وإن شهد شاهد أنه أقر له بألفـين وشهد آخر أنه أقر له بألف ثبت الألف ويحلف على الآخر مع شاهده إن أحب).

وجملة ذلك أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشىء وشهد الآخر ببعضه صحت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به وهذا قول شُرَيْح ومـالك والشَّافعىِّ وابن أبى لَيْلَى وأبى يوسف ومحمد وإسحاق وأبى عُبَيْد، وحكى عن الشَّعْبِىِّ أنه شهد عنـده رجلان شهد أحدهما أنه طلقها تطليقة وشهد آخر أنه طلقها تطليـقتين، فقال: قد اختلفتما قُومـا، وحكى عن أبى حنيفة أنه إذا شهد شاهد أنه أقر بألف وشهد آخر أنه أقر بألفين لم تكمل الشهادة، لأن الإقرار بالألف غير الإقرار بألفين ولم يشهد بكل إقرار إلا واحد.

ولنا: أن الشهـادة قد كـملت فيمـا اتفقا علـيه فحكم به، كـما لو لم يرد أحـدهما على صاحبه، وما ذكروه من أن كل إقرار إنما شهد به واحد يبطل بما إذا شهد أحدهما أنه أقر بألف غدوة وشهد الآخر أنه أقر بألف عشيًا، فإن الشهادة تكمل مع أن كل إقرار إنما شهد به واحد،

صبي لم يبلغ بحال، يروى هذا عن ابن عباس[٢٢]، وبه قال القاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق وأبو عبيدة وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه، وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن شهادتهم تقبل في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التي تجارحوا عليها، وهذا قول مالك.

لأن الظاهر صدقهم وضبطهم فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم، لأنه يحتمل أن يلقنوا: قال ابن الزبير: إن أخذوا عند مصاب ذلك فبالحرى أن يعقلوا ويحفظوا، وعن الزهري أن شهادتهم جائزة ويستحلف أولياء المشجوج، وذكره عن مروان، وروى عن أحمد رواية ثالثة أن شهادته تقبل إذا كان ابن عشر، قال ابن حامد: فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود والقصاص كالعبيد، وروى عن علي ﷺ أن شهادة بعضهم تقبل على بعض، وروى ذلك عن شريح[٢٣] والحسن والنخعي، قال إبراهيم: كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم، قال المغيرة: وكان أصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد.

وروى الإمام أحمد بإسناده عن مسروق قال: كنا عند علي فجاءه خمسة غلمة فقالوا: إنا كنا ستة غلمة نتغاط فغرق منا غلام فشهد الثلاثة على الاثنين أنهما غرقاه وشهد الاثنان على

فأما ما انفرد به أحدهما فإن للمدعي أن يحلف معه ويستحق هذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين، وهذا فيما إذا أطلقا الشهادة أو لم تختلف الأسباب والصفات.

فصل: إذا شهد له شاهدان بألف وشاهدان بخمسمائة ولم تختلف الأسباب والصفات دخلت الخمسمائة في الألف ووجب له الألف بالشاهدين، وإن اختلفت الأسباب والصفات وجب له الألف والخمسمائة ولم يدخل أحدهما في الآخر، لأنهما مختلفان.

26- مسألة: (وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفًا وشهد آخر أن له عليه ألفين فهل تكمل البينة على ألف؟ على وجهين).

أحدهما: تكمل كالتي قبلها، **والثاني**: لا تكمل، لأنه يحتمل أن يكون الألف المنفرد من غير الألفين.

27- مسألة: (وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفًا من قرض وشهد آخران أن له عليه ألفًا من ثمن مبيع لم تكمل البينة).

أما إذا اختلفت الأسباب والصفات مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض وآخر بألف من ثمن مبيع أو يشهد شاهد بألف بيض وآخر بألف سود أو يشهد أحدهما بألف دينار والآخر

---

(٢٢) أخرجه البيهقي في «السنن» (١٠/ ١٦١، ١٦٢) وعبد الرزاق في «المصنف» (٨/ ١٥٤٩٤، ١٥٤٩٥).

(٢٣) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» (٨/ ١٥٥٠٣).

الثلاثة أنهم غرقـوه فجعل على الاثنين ثلاثة أخمـاس الدية وجعل على الثلاثة خمسـيها[٢٤]، وقـضى بنحـو هذا مسـروق، والمـذهب أن شـهادتهم لا تقـبل فى شيء لقـول الله تعـالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ (البقرة: ٢٨٢) وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (الطلاق: ٢) وقال: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ (البقرة: ٢٨٢) والصبى ممن لا يرضى، وقال: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ (البقرة: ٢٨٣) فأخبر أن الشاهد الكاتم لشهادته آثم، والصبى لا يأثم فيدل على أنه ليس بشاهد، ولأن الصبى لا يخاف من مأثم الكذب فيزعه عنه ويمنعه منه فلا تحـصل الثقة بقوله، ولأن من لا يقبل قوله على نفـسه فى الإقرار لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون، يحقق هذا أن الإقرار أوسع لأنه يقبل من الكافر والفاسق والمرأة ولا تصح الشهـادة منهم، ولأن من لا تقبل شهادتـه فى المال لا تقبل فى الجراح كـالفاسق، ومن لا تقبل شهادته على من ليس بمثله لا تقبل على مثله كالمجنون.

الشـرط الرابع: العدالة، لقول الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (الطـلاق: ٢) ولا تقبل شهادة الفـاسق لذلك، ولقول الله تعالى: ﴿إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ (الحـجرات: ٦) فأمر بالتوقف عن نبأ الفاسق، والشهادة نبأ فيجب التوقف عنه، وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا تجوز شهـادة خائن ولا خائنة ولا محدود فى الإسلام ولا ذى غـمر على أخيه» رواه

بألف درهم لم تكمل البينة وكـان له أن يحلف مع كل واحد منهمـا ويستحقـها أو يحلف مع أحدهما ويستحق ما شهد به.

28- مـسـألـة: (وإن شهد شـاهدان أن له عليه ألفًا وقال أحـدهما: قضاه بعـضه بطلت شهادته نص عليه، وإن شهد أنه أقرضه ألفًا وقال أحدهما: قضاه نصفه صحت شهادتهما).

إذا شهدا أن له عليـه ألفًا ثم قال أحدهما: قـضاه نصفه بطلت شـهادته، وهكذا ذكره أبو الخطاب، وذلك بأنه شهد بأن الألف جـميعه عليه، فإذا قضاه بعـضه لم يكن الألف كله عليه فيكون كلامه متناقضًا فتفسد شهادته، وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال: بل بخمسمائة، لأن ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة وإقرار بغلط نفسه، وهذا لا يقول ذلك على وجه الرجوع، والمنصوص عن أحمد أن شهادته تقبل بخمسمائة فإنه قال: إذا شهد بألف ثم قال أحدهما قبل الحكم: قضاه منـه خمسمائة، أفـسد شهادته، والمشـهود له ما اجتمـعا عليه وهو خمـسمائة فصحت شـهادته فى نصف الألف الباقى وأبطلها فى النصف الذى ذكـر أنه قضاه، لأنه بمنزلة الرجوع عن الشهادة به فأشبه ما لو قال: أشهـد بألف بل خمسمائة، قال أحمد: ولو جاء بعد هذا المجلس فقـال: أشهد أنه قضاه منه خمسـمائة لم يقبل منه، لأنه قد أمضى الشـهادة فهذا يحـتمل أنه أراد إذا جـاء بعـد الحكم فـشهـد بالقـضاء لم يقـبل منه، لأن الألف قـد وجب بشهادتهما وحكم الحاكم، ولا تقبل شهادته بالقضاء، لأنه لا يثبت بشاهد واحد، فأما إن شهد

---

(٢٤) انظر المحلى لابن حزم (١٠/ ٦١٤).

أبو عبيد[٢٥]، وكان أبو عبيد لا يراه خص بالخائن والخائنة أمانات الناس بل جميع ما افترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره، قال الله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ﴾ (الأحزاب: ٧٢) الآية، وروى عن عمر ﷺ أنه قال: لا يؤسر رجل بغير العدول[٢٦]، ولأن دين الفاسق لم يزعه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن أن لا يزعه عن الكذب فلا تحصل الثقة بخبره، إذا تقرر هذا فالفسوق نوعان:

أحدهما: من حيث الأفعال فلا نعلم خلافًا فى رد شهادته، **والثانى**: من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضًا، وبه قال مالك وشَريك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، وقال شريك: أربعة لا تجوز شهادتهم: «رافضى» يزعم أن له إمامًا مفترضة طاعته «وخارجى» يزعم أن الدنيا دار حرب «وقدرى» يزعم أن المشيئة إليه «ومرجئ» ورد شهادة

أنه أقرضه ألفًا ثم قال أحدهما: قضاه منه خمسمائة، قبلت شهادته فى باقى الألف وجهًا واحدًا، لأنه لا تناقض فى كلامه ولا اختلاف.

29- مسألة: (وإن كانت له بينة بألف فقال: أريد أن تشهدا لى بخمسمائة لم يجز).

وعند أبى الخطَّاب يجوز، قال أحمد: إذا شهد على ألف وكان الحاكم لا يحكم إلا على مائتين فقال له صاحب الحق: أريد أن تشهدا لى على مائة لم يشهد إلا بألف قال القاضى: وذلك أن على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد، قال الله تعالى: ﴿ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَن يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَا﴾ (المائدة: ١٠٨) ولأنه لو ساغ للشاهد أن يشهد ببعض ما أشهد لساغ للقاضى أن يقضى ببعض ما شهد به الشاهد، وقال أبو الخطاب: عندى يجوز بذلك، لأن من شهد بألف فقد شهد به بمائة وإذا شهد بمائة لم يكن كاذبًا فى شهادته فجاز كما لو كان قد أقرضه مائة مرة وتسعمائة أخرى، قال شيخنا: والأول أصح لما ذكر القاضى، لأن شهادته بمائة ربما أوهمت أن هذه المائة غير التى شهدت بأصله فيؤدى إلى إيجابها عليه مرتين، قال أحمد: إذا قال: أشهد على مائة درهم ومائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة كره إلا أن يقول: أشهدونى على مائة ومائة ومائة يحكيه كله للحاكم كما كان.

فصل: قال أحمد: إذا شهد بألف درهم ومائة دينار فله دراهم ذلك البلد ودنانيره، قال القاضى: لأنه لما جاز أن يحمل مطلق العقد على ذلك جاز أن تحمل الشهادة عليه.

فصل: إذا شهد شاهد أنه باعه هذا العبد بألف وشهد آخر أنه باعه إياه بخمسمائة لم تكمل البينة لاختلافهما فى صفة البيع وله أن يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه، فإن شهد بكل عقد شاهدان ثبت البيعان فإن أضافا البيع إلى وقت واحد مثل أن يشهدا أنه باعه هذا

---

(٢٥) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٦٠٠) والترمذى (٤/ ٣٢٩٨) وابن ماجه (٢/ ٢٣٦٦) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٠٤، ٢٠٨، ٢٢٥) وإسناده حسن.

(٢٦) أخرجه الإمام مالك فى «الموطأ» (٢/ ٧٢٠) والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ١٦٦).

يعقوب وقال: ألا أرد شهادة من يزعم أن الصلاة ليست من الإيمان؟ وقال أبو حامد(*) من أصحاب الشافعى: المختلفون على ثلاثة أضرب: ضرب: اختلفوا فى الفروع، فهؤلاء لا يفسقون بذلك ولا ترد شهادتهم وقد اختلف الصحابة فى الفروع ومن بعدهم من التابعين.

الثانى: من نفسقه ولا نكفره، وهو من سب القرابة كالخوارج، أو سب الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك.

الثالث: من نكفره، وهو من قال بخلق القرآن ونفى الرؤية وأضاف المشيئة إلى نفسه فلا تقبل له شهادة، وذكر القاضى أبو يَعْلَى مثل هذا سواء، قال: وقال أحمد: ما تعجبنى شهادة الجهمية والرافضة والقدرية المعلنة، وظاهر قول الشافعى وابن أبى ليلى والثورى وأبى حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الأهواء، وأجاز سوَّار شهادة ناس من بنى العنبر ممن يرى الاعتزال، قال الشافعى: إلا أن يكونوا ممن يرى الشهادة بالكذب بعضهم لبعض كالخطابية وهم أصحاب أبى الخطاب(**) يشهد بعضهم لبعض بتصديقه.

ووجه قول من أجاز شهادتهم أنه اختلاف لم يخرجهم عن الإسلام أشبه الاختلاف فى الفروع، ولأن فسقهم لا يدل على كذبهم لكونهم ذهبوا إلى ذلك تدينًا واعتقادًا أنه الحق ولم يرتكبوه عالمين بتحريمه بخلاف فسق الأفعال.

قال أبو الخطاب: ويتخرج على قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض أن الفسق الذى يتدين به من جهة الاعتقاد لا ترد الشهادة به، وقد روى عن أحمد جواز الرواية عن القدرى إذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة.

ولنا أنه أحد نوعى الفسق فترد به الشهادة كالنوع الآخر، ولأن المبتدع فاسق فترد شهادته للآية والمعنى.

الشرط الخامس: أن يكون متيقظًا حافظًا لما يشهد به، فإن كان مغفلاً أو معروفًا بكثرة الغلط لم تقبل شهادته.

الشرط السادس: أن يكون ذا مروءة.

الشرط السابع: انتفاء الموانع، وسنشرح هذه الشروط فى مواضعها إن شاء الله تعالى.

العبد مع الزوال بألف وشهد آخر أنه باعه إياه مع الزوال بخمسمائة تعارضت البينتان وسقطتا، لأن لا يمكن اجتماعهما وكل بينة تكذب الأخرى، وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد كان له أن يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان، لأن التعارض إنما يكون مع البينتين الكاملتين.

(*) أبو حامد أحمد بن محمد الإسفراييني شيخ طريقة الشافعية بالعراق، توفى سنة ست وأربعمائة طبقات الشافعية (٤/ ٦١ - ٧٤).

(**) أبو الخطاب محمد بن أبى زينب الأسدى الأجدع مولى بنى أسد من الغالين، زعم أن الأئمة أنبياء ثم آلهة، ولما وقف عيسى بن موسى صاحب المنصور على خبث دعوته قتله.

فـــصـل: ظاهر كلام الخرقـي أن شهادة البدوى على من هو من أهل القـرية وشهادة أهل القرية علـى البدوى صحـيحة إذا اجـتمـعت هذه الشروط وهو قـول ابن سيـرين وأبى حنيفـة والشافعى وأبى ثور واختاره أبو الخطاب.

وقال الإمام أحمد: أخشى أن لا تقبل شهـادة البدوى على صاحب القرية فيحتمل هذا أن لا تقبل شهادته، وهو قول جماعة من أصحابنا ومـذهب أبى عبيد، وقال مالك كقول أصحابنا فيما عدا الجراح وكقول الباقين فى الجراح احتياطًا للدماء، واحتج أصحابنا بما روى أبو داود فى سننه عن أبـى هريرة عن النبى ﷺ أنه قـال: «لا تجـوز شـهـادة بدوى على صـاحـب قـرية» (٢٧) ولأنه متهم حيث عدل عن أن يشهد قـرويًا وأشهد بدويًا، قال أبو عبيد: ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله تعالى والجفاء فى الدين.

ولنا: أن من قبلت شهـادته على أهل البدو قبلت شهادته على أهل القـرية كأهل القرى، ويحمل الحـديث على من لم تعرف عدالتـه من أهل البدو ونخصه بهـذا، لأن الغالب أنه لا يكون له من يسأله الحاكم فيعرف عدالته.

١٨٩٠ - مـسـألة: قـال: **(والعـدل من لم تظهر منه ريبـة وهذا قول إبراهيم النخـعى وإسحاق).**

باب شروط من تقبل شهادته

وهى ستة: **أحدها:** البلوغ فلا تقبل شهادة الصبيان، وعنه تقبل ممن هو فى حال العدالة، وعنه لا تقبل إلا فى الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التى تجارحوا عليها.

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى ذلك فالمشهور عنه أنها لا تقبل شهادة الصبى ما لم يبلغ، روى هذا عن ابن عـباس (13) وبه قال القاسم وسـالم وعطاء ومكحول وابن أبى ليلى والأوزاعى والثورى والشافعى وإسحاق وأبو عبيـد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه، وعن أحمد رواية ثانية: أن شهادته تقبل إذا كان ابن عشر، قال ابن حامد: فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم فى غـير الحدود والـقصاص كـالعبـيد، وروى عن على ﷺ أن شـهادة بعـضـهم تقـبل على بـعـض (14)، وروى ذلك عن شريح والحسن والـنخعى، قال إبراهيم: كانوا يجيـزون شهادة بعضهم علـى بعض فيما كان بينهم، قـال المغيرة: وكـان أصحابنا لا يجيزون شـهادتهم على رجل ولا على عبد، وروى الإمام أحمد بإسناده عن مسـروق قال: كنا عند على فجاءه خمسة

---

(٢٧) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٦٠٢) وابن ماجه (٢/ ٢٣٦٧) وقال شيخنا الألبانى: صحيح.

(13) راجع رقم (٢٢) مغنى الملل والنحل (١/ ٣٨٠، ٣٨١).

(14) راجع رقم (٢٣) مغنى.

وجملته: أن العدل هو الذى تعتدل أحواله فى دينه وأفعاله، قال القاضى: يكون ذلك فى الدين والمروءة والأحكام، أما الدين فـلا يرتكب كبيرة ولا يداوم على صغيـرة فإن الله تعالى أمر أن لا تقبل شـهادة القاذف فيـقاس عليه كل مرتكب كـبيرة، ولا يخرجه عن الـعدالة فعل صغيرة لقول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلاَّ اللَّمَمَ﴾ (النـجم: ٣٢) قيل: اللمم صغار الذنوب ولأن التحرز منها غير ممكن، جاء عن النبى ﷺ أنه قال:

إن تغــفـر اللَّهم تغـفـر جـمّـا وأى عـبـد لـك لا ألمـّـا؟[٢٨]

أى لم يلم، فإن «لا» مع الماضى بمنزلة «لم» مع المسـتقبل، وقيل: اللمم أن يلم بالذنب ثم لا يعود فـيه، والكبائر: كل معـصية فيـها حد والإشراك بالله، وقـتل النفس التى حرم الله وشهادة الزور وعقوق الوالدين.

وروى أبو بكْرَة أن النبى ﷺ قال: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ الإشراك بالله وقتل النفس التى حرم الله وعقوق الوالدين ـ وكـان متكئًا فجلس فقال ـ ألا وقـول الزور وقول الزور» فما زال يكررها حتى قلنا: ليته سكت، متفق عليه[٢٩].

قال أحمد: ولا تجوز شهادة آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ولا تقبل شهادة من لا يؤدى زكاة مـاله وإذا أخـرج فى طريق المسلمـين الأسطوانة والكنيف لا يكون عـدلاً ولا يكون ابنه

غلمة فقـالوا: إنا كنا ست غلمة نتغاط فغرق منا غـلام فشهد الثلاثة على الاثنين أنهـما غرقاه وشهـد الاثنان على الثلاثة أنـهم غرقوه فـجعل على الاثنين ثـلاثة أخماس الدية وجـعل على الثلاثة خمـسيها[15]، وقضى بنحو هذا مسروق وعنه رواية ثـالثة أن شهادتهم لا تقبل إلا فى الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التى تجارحوا عليها، فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم، وهو قول مالك، لأن الظاهر صدقهم وضبطهم ولا تقبل بعد الافتراق، لأنه يحتمل أن يلقنوا، قال ابن الزبيـر: إن أخذوا عند مـصاب ذلك فبـالحرى أن يعقلوا ويحـفظوا، وعن الزهرى أن شهادتهم جائزة ويستحلف أولياء المشـجوج وذكره عن مروان، والمذهب أن شهادتهم لا تقبل فى شىء لقول الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (الطلاق: ٢) وقال سبحانه: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ (البـقرة: ٢٨٢) والصبى لا يرضى، وقال جل وعز: ﴿وَلا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ (البـقرة: ٢٨٣) فأخبر أن الشاهـد الكاتم لشهادته آثم والصبى لا يأثم فيدل على أنه ليس بشاهد، ولأن الصبى لا يخاف من مـأثم الكذب فيزعه عنه ويمنعه منه فلا

---

(٢٨) أخرجه الترمذى (٥/ ٣٢٨٤) والحاكم (٢/ ٤٦٩، ٤٧٠) وقال: صـحيح على شرط مسلم والبخارى ولم يخرجاه ووافقه الذهبى، وهو كما قالا.

(٢٩) أخرجه البخارى فى «الشهـادات» (٥/ ٢٦٥٣/ فتح) ومسلم (١/ أيمان/ ١٤٤/ ٩١) والترمذى (٤/ ١٩٠١) دون لفظ: «وقتل النفس» وأحمد (٥/ ٣٦، ٣٨).

(15) هذه الأحاديث تراجع فى المسألة رقم (١٨٨٩).

عدلاً إذا ورث أباه حـتى يرد ما أخذه من طريق المسلمين ولا يكون عـدلاً إذا كذب الكذب الشديد، لأن النبى ﷺ رد شهادة رجل فى كذبه(٣٠).

وقال: عن الزهرى عن عـروة عن عائشة عـن النبى ﷺ: «لا تجوز شهـادة خائن ولا خائنة ولا مجلود فى حد ولا ذى غمر على أخيه فى عداوة ولا القاطع لأهل البيت ولا مجرب عليه شهـادة زور ولا ضنين فى ولاء ولا قرابة»(٣١) وقد رواه أبو داود وفيه «لا تـجوز شهادة خائن ولا خـائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخـيه»(*) فأما الـصغائر فإن كـان مصراً عليها ردت شهادته وإن كان الغالب من أمـره الطاعات لم يرد لما ذكرنا من عدم إمكان التحرز منه.

وأما المروءة فاجتناب الأمـور الدنيئة المزرية به وذلك نوعان: أحـدهـمـا: من الأفـعال كالأكل فى السوق ويعنى به الذى ينصب مائدة فى السوق ثم يأكل والناس ينظرون ولا يعنى به أكل الشىء اليسير كالكسرة ونحوها، وإن كان يكـشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه أو يمد رجليه فى مـجمع الناس أو يتـمسخـر بما يضحك الناس بـه أو يخاطب امرأته أو جـاريته أو غيرهما بحضرة الناس بالخطاب الفاحش أو يحدث الناس بمباضعته أهله ونحو هذا من الأفعال الدنيئة ففاعل هذا لا تقبل شهادته، لأن هذا سخف ودناءة فمن رضيه لنفسه واستحسنه فليست

تحصل الثقـة بقوله، ولأن من لا يقبل قوله على نفـسه فى الإقرار لا تقبل شهـادته على غيره كـالمجنون، يحـقق هذا أن الإقرار أوسع، لأنه يقـبل من الكافـر والفاسق والمـرأة ولا تصح الشهادة منهم، ولأن من لا تقبل شهادته فى المال لا تقبل فى الجراح كالفاسق.

والثـانى: العقل، فلا تقبل شهادة معتوه ولا مجنون إلا من يخنق فى الأحيان إذا شهد فى حال إفـاقته، ولا تقـبل شهادة من ليس بعـاقل إجماعًـا، قال ابن المنذر: وسـواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو صـغر، لأنه ليس بمـحصل ولا تـحصل الثـقة بقـوله، فأمـا من يخنق فى الأحيان إذا شهد فى حال إفاقته فتقبل شهادته، لأنها شهادة من عاقل أشبه من يخنق.

الثالث: الكلام، فلا تقبل شهادة الأخرس نص عليه أحمد، قيل له: وإن كتبها؟ قال: لا أدرى وهو قول أصـحاب الرأى، وقال مالك والشـافعى وابن المنذر: تقبل إذا فهـمت إشارته لقيامها مـقام نطقه فى كل أحكامه من كلامه ونكاحه وغيـر ذلك فكذلك فى شهادته، واستدل ابن المنذر بأن النبى ﷺ أشار وهو جالس إلى الناس وهم قيام «أن اجلسوا فجلسوا»(16).

---

(٣٠) أخـرجه أبو داود (٣/ ٣٦٠٠) وابن مـاجـه (٢/ ٢٣٦٦) وأحمـد (٢/ ١٨١، ٢٠٤، ٢٠٨، ٢٢٥) وإسناده حسن.

(٣١) تقدم برقم (٢٥).

(*) أخرجه أبو داود فى «الأقضية» (٣/ ٣٦٠١) وإسناده حسن.

(16) تراجع المسألة رقم (١٨٦٥) برقم (١٧).

له مروءة فلا تحـصل الثقة بقوله، قال أحمـد فى رجل شتم بهيمة: قال الصـالحون: لا تقبل شهادته حتى يتوب.

وقد روى أبو مسعود البدرى قـال: قال رسول الله ﷺ: «إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى، إذا لم تـستح فاصنع مـا شئت»[٣٢] يعنى من لم يسـتح صنع ما شـاء، ولأن المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ولهذا يمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين.

وقد روى عن أبى سفيـان أنه حين سأله قيصر عن النبى ﷺ وصفـته فقال: والله لولا أنى كـرهت أن يؤثر عنى الكذب لكذبتـه[٣٣]، ولم يكن يومـئـذ ذا دين، ولأن الكذب دناءة والمروءة تمنع من الدناءة، وإذا كـانت المروءة مانعـة من الكذب اعتبرت فى العـدالة كالدين ومن فعل شيئًا من هذا مختفيًا به لم يمنع من قبول شهادته، لأن مروءته لا تسقط به، وكذلك إن فعله مرة أو شيئًا قليلاً لم ترد شهادته، لأن صـغير المعاصى لا يمنع الشهادة إذا قل، فهذا أولى، ولأن المروءة لا تختل بقليل، هذا ما لم يكن عادته.

النوع الثـانى: فى الصناعات الدنيئة كالكساح والكناس لا تقبل شـهادتهما لما روى سعيد فى سننه: «أن رجلاً أتى ابن عـمر فقال له: إنـى رجل كناس، قال: أى شىء تكنس؟ الزبل؟ قال: لا، قـال: فالعذرة؟ قـال: نعم، قال: منه كسـبت المال ومنه تزوجت ومنه حـججت؟ قال: نعم، قال: الأجر خبيث وما تزوجت خبـيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه، وعن ابن عبـاس مثله فى الـكساح[٣٤]، ولأن هذا دناءة يجتنبه أهـل المروءات فأشبه الذى قـبله، فأما الزبال والقراد والحجام ونحوهم ففيه وجهان:

ولنا: أنها شهادة بالإشارة فلم تجز كإشارة الناطق، لأن الشهـادة يعتبر فيها اليقين ولذلك لا يكتفى بإيماء الناطق ولا يحصل اليقين بالإشارة وإنما اكتفى بإشارته فى أحكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة ههنـا وما استدل به ابن المنذر لا يصح فإن الـنبى ﷺ كان قادرًا على الكلام وعمل بإشارته إلى الصـلاة ولو شهد الناطق بالإشارة والإيماء لم تصح شهـادته إجماعًا فعلم أن الشـهادة تفارق غيـرها من الأحكام، ويحتمل أن تقبل فـيما طريقه الرؤية إذا فـهمت إشارته، لأن إشارته بمنزلة نطقه كما فى سائر أحكامه، والأول أولى لأنا إنما قبلنا إشارته فيما يختص به للضرورة ولا ضرورة هـهنا.

الرابع: الإسلام، فلا تقبل شهادة كافر إلا أهل الكتاب فى الوصية فى السفر إذا لم يوجد غيرهم وحضر الموصى الموت فتقبل شـهادتهم ويحلفهم الحاكم بعد العصر لا نشترى به ثمنًا

---

(٣٢) أخرجـه البخـارى (٦/ ٣٤٨٣/ فتح) وأبو داود (٤/ ٤٧٩٧) وابن مـاجه (٢/ ٤١٨٣) وأحـمد (٤/ ١٢١، ١٢٢) ومالك فى «الموطأ» (١/ ١٥٨).

(٣٣) انظر ما تقدم فى المسألة رقم (١٨٧٤) برقم (١٠١).

(٣٤) تقدم فى المسألة رقم (٩١٢/ ح٥٦).

أحدهما: لا تقبل شهادتهم، ولأنه دناءة يجتنبه أهل المروءات فهو كالذى قبله.

والثـانى: تقبل لأن بالناس إليه حاجة فعلى هذا الوجـه إنما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة فى وقتـها ويصليها فـإن صلى بالنجاسة لم تقبل شـهادته وجهًا واحـدًا، وأما الحائك والحارس والدباغ فـهى أعلى من هذه الصنائع فلا ترد بهـا الشهادة، وذكـرها أبو الخطاب فى جملة ما فيه وجهان.

وأما سائر الصناعات التى لا دناءة فيها فـلا ترد الشهادة بها إلا من كان منهم يحلف كاذبًا أو يَعِد ويخلـف وغلب هذا عليه فإن شـهادته ترد، وكـذلك من كان منهم يؤخـر الصلاة عن أوقاتها أو لا يتنزه عن النجـاسات فلا شهادة له، ومن كانت صناعـته محرمة كصـانع المزامير والطنابير فلا شهادة له، ومن كانت صناعته يكثـر فيها الربا كالصائغ والصيرفى ولم يتوق ذلك ردت شهادته.

ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله وأنها لوصية الرجل بعينه فإن عثر على أنهما استحقا إثمًا قام آخران من أولياء الوصى فحلفـا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما ولقد خـانا وكتما ويقضى لهم، وعنه أن شهادة بعض أهل الذمة تقبل على بعض، والأول المذهب.

وجملة ذلك أن شهادة أهل الكتاب لا تقبل فى شىء على مسلم ولا كافر إلا فى الوصية فى السفر على ما نذكره، ذكره الخرقى، وروى ذلك عن أحـمد نحو من عشرين نفسًا، وممن قال: لا تقـبل شهادتهم: الحسن وابن أبى لَيْلَـى والأَوْزَاعِى ومالك وأبو ثَوْر، ونقل حنبل عن أحمد أن شهادة بعضهم تقـبل على بعض وخطأه الخلال فى نقله هذا، وقال صاحبه أبو بكر: هذا غلط لا شك فيه، وقـال ابن حامد: بل المسألة على روايتين، قـال أبو حفص البرمكى: تقبل شهادة السبى بعضــهم على بعض فى النسب إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه، والمذهب الأول والظاهر غلط من روى خلاف ذلك، وذهبت طائفة من أهل العلم إلى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اخـتلفوا، فمنهم من قـال: الكفر ملة واحدة فتـقبل شهادة اليـهودى على النصرانى والنصـرانى على اليهودى، هذا قول حمـاد وسوار والثورى وأبى حنيفـة وأصحابه، وعن قتادة والحكم وأبى عبيد وإسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودى على نصرانى ولا نصرانى على يهودى، ويروى عن الزهرى والشـعبى كقولنا وقولهم، واحتجـوا بما روى عن جابر أن النبى ﷺ أجـاز شهادة أهل الذمة بعـضهم على بعض رواه ابن ماجه [17]، ولأن بعضهم يلى على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين.

ولنا قول الله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (الطلاق: ٢) وقال تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ (البـقـرة: ٢٨٢) والكافر ليس بذى عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولا ممن نرضاه، ولأنه لا تقبل شهادته على

---

(17) أخرجه ابن ماجه فى «سننه» (٢/ ص٧٩٤) وإسناده ضعيف.

فصل: في اللعب، كل لعب فيه قمار فهو محرم أى لعب كان وهو من الميسر الذى أمر الله تعالى باجتنابه، ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته، وما خلا من القمار وهو اللعب الذى لا عوض فيه من الجانبين ولا من أحدهما فمنه ما هو محرم ومنه ما هو مباح، فأما المحرم فاللعب بالنرد وهذا قول أبى حنيفة وأكثر أصحاب الشافعى، وقال بعضهم: هو مكروه غير محرم.

ولنا: ما روى أبو موسى قال: سمعت رسول الله ﷺ قال: «من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله»(٣٥).

وروى بريدة أن النبى ﷺ قال: «من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده فى لحم الخنزير ودمه»(*) رواهما أبو داود وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير لم يسلم عليهم.

غير أهل دينه فلا تقبل على أهل دينه كالحربى، والخبر يرويه أهل مجالد وهو ضعيف وإن ثبت فيحتمل أنه أراد اليمين فإنها تسمى شهادة، قال الله تعالى فى اللعان: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (النور: ٦) وأما الولاية فمتعلقها القرابة والشفقة وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين وجازت لموضع الحاجة، فإن غير أهل دينهم لا يلى عليهم والحاكم يتعذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فإنها ممكنة من المسلمين، وقد روى عن معاذ رضي الله عنه أن النبى ﷺ قال: «لا تقبل شهادة أهل دين إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم»(18).

فصل: فأما شهادة أهل الكتاب بوصية المسافر الذى مات فى سفره إذا شهد بها شاهدان من أهل الذمة قبلت شهادتهم إذا لم يوجد غيرهما من المسلمين ويستحلفان بعد العصر على ما ذكرنا فى صدر المسألة، قال ابن المنذر: وبهذا قال أكابر الماضين، يعنى الآية التى فى سورة المائدة ومن قاله شُرَيْحُ والنَّخَعِيّ والأوْزاعِيُّ ويحيى بنْ حَمَزةَ، وقضى بذلك عبد الله بنُ مسعود وأبو موسى رضي الله عنهما(19) وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى: لا تقبل، لأن من لا تقبل شهادته فى غير الوصية لا تقبل فى الوصية كالفاسق، ولأن الفاسق لا تقبل شهادته فالكافر

---

(٣٥) أخرجه أبو داود فى «الأدب» (٤/ ٤٩٣٨) وابن ماجه فى «سننه» (٢/ ٣٧٦٢) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٣٩٤، ٣٩٧، ٤٠٠) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ٦/ ٩٥٨) والبخارى فى «الأدب المفرد» (١٢٦٩، ١٢٧٢) والحاكم فى «المستدرك» (١/ ٥٠) والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ٥١٤، ٢١٥) وحسنه الألبانى فى «الإرواء» (٢٦٧٠).

(*) أخرجه مسلم فى كتاب «الشعر» باب (٤/ ١٠/ ١٧٧٠) وأبو داود فى «الأدب» (٤/ ٤٩٣٩) وابن ماجه فى «الأدب» (٢/ ٣٧٦٣) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٣٥٢، ٣٥٧، ٣٦١).

(18) تراجع المسألة رقم (١٨٩٢) برقم (١٤).

(19) يراجع الحديث رقم (١١) فى المسألة رقم (١٨٩١).

إذا ثبت هذا: فمن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سـواء لعب به قمارًا أو غير قمار، وهذا قول أبى حنيفـة ومالك وظاهر مذهب الشافعى، قـال مالك: من لعب بالنرد والشطرنج فلا أرى شهادته طائلة، لأن الله تعالى قال: ﴿ فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلاَّ الضَّلالُ ﴾ (يونس: ٣٢) وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال.

فـصل: فأما الشطرنج فهـو كالنرد فى التحريم إلا أن النرد آكد منه فى التـحريم لورود النص فى تحريمه لكن هذا فى معناه فيثبت فيه حكمه قياسًا عليه.

وذكر القـاضى أبو حسـين ممن ذهب إلى تحـريمه: على بن أبى طالب وابن عـمر وابن عـبـاس (٣٦) وسعيد بن المـسيب والقاسم وسالمًا وعروة ومحـمد بن على بن الحسين ومطرًا الوراق (*) ومالك وهو قول أبى حنيفة، وذهب الشافعى إلى إباحته، وحكى ذلك أصحابه عن أبى هريرة وسعـيد بن المـسيب وسعـيد بن جـبير، واحـتجوا بأن الأصـل الإباحة، ولم يرد بتحريمهـا نص ولا هى فى معنى المنصوص عليه فتبـقى على الإباحة، ويفارق الشطرنج النرد من وجهـين: **أحـدها:** أن فى الشطرنج تدبير الحرب فأشـبه اللعب بالحراب والرمى بالنشاب والمسابقة بالخيل.

أولى، واختلفـوا فى تأويل الآية فمنهم من حـملها على التحـمل دون الأداء ومنهم من قال: المراد بقوله: ﴿ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ (المائدة: ١٠٦) أى من عشيرتكم ومنهم من قال: المراد بالشهادة اليمين.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَـدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَـرَانِ مِنْ غَـيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَـرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَـأَصَابَتْكُم مُّصِـيبَـةُ الْمَـوْتِ ﴾ (المـائدة: ١٠٦) الآية، وهذا نص الكتاب وقد قضى به رسـول الله ﷺ وأصحابه، فروى ابن عباس قـال: خرج رجل من بنى تميم الدارى وعـدى بن زيد فمات السهـمى بأرض ليس بها مسلم فلما قدما بتركته فقدوا جام فضة مخوصًا بالذهب فأحلفهما رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجام بمكة فـقالوا: اشتـريناه من تميم وعدى، فـقام رجلان من أوليـاء السهمى فـحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وإن الـجام لصاحبهم، فنزلت فيهم: ﴿ يَا أَيُّهَـا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَـادَةُ بَيْنِكُمْ ﴾ (المائدة: ١٠٦) الآية.

وعن الشعبى أن رجلاً من المـسلمين حضرته الوفاة بدقوقًا ولم يجـد أحدًا من المسلمين يشهده على وصيته فـأشهد رجلين من أهل الكتاب فقدما الكوفة فأتيا الأشعـرى فأخبراه وقدما بتركتـه ووصيته، فقال الأشـعرى: هذا أمر لم يكن بعد الذى كان فى عـهد رسول الله ﷺ

---

(٣٦) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٢١٢).

(*) **محمد بن على بن الحسين:** هو أبو جعفر الباقر الإمام، توفى سنة أربع عشرة ومائة، سير (٤/ ٤٠١ - ٤٠٩) **مطر الوراق:** هو مطر بن طهمان الوراق الخراسانى الزاهد، توفى سنـة تسع عشرة ومائة، سير (٥/ ٤٥٢، ٤٥٣).

والثاني: أن المعول فى النرد ما يخرجه الكعبتان[*] فأشبه الأزلام، والمعول فى الشطرنج على حذقه وتدبيره فأشبه المسابقة بالسهام.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿**إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ**﴾ (المائدة: ٩٠) قال على ﷺ: الشطرنج من الميسر، ومر على ﷺ على قوم يلعبون بالشطرنج فقال: ما هذه التماثيل التى أنتم لها عاكفون[٣٧]، قال أحمد: أصح ما فى الشطرنج قول على ﷺ.

وروى واثلة بن الأسقع ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله عز وجل ينظر فى كل يوم ثلاثمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاه فيها نصيب» رواه أبو بكر بإسناده[٣٨]، ولأنه لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فأشبه اللعب بالنرد.

فأحلفهما بعد العصر ما خانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا وأنها لوصية الرجل وتركته فأمضى شهادتهما، رواه أبو داود[20]، وروى الخلال حديث أبى موسى بإسناده وحمل الآية على أنه أراد من غير عشيرتكم لا يصح، لأن الآية نزلت فى قصة عدى وتميم بلا خلاف بين المفسرين، وقد فسره بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبير وسليمان التيمى وغيرهم ودلت عليه الأحاديث التى رويناها، ولأنه لو صح ما ذكروه لم تجب الأيمان، لأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم وحملها على التحمل لا يصح، لأنه أمر بإحلافهم ولا أيمان فى التحمل، وحملها على اليمين لا يصح لقوله: ﴿**فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ**﴾ (المائدة: ١٠٦) ولأنه عطفها على ذوى العدل من المؤمنين وهما شاهدان، وروى أبو عبيد فى الناسخ والمنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك فى زمن عثمان، قال أحمد: أهل المدينة ليس عندهم حديث أبى موسى من أين يعرفونه؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله ﷺ وقضاء الصحابة وعملهم بما ثبت فى الكتاب والسنة فتعين المصير إليه والعمل به سواء وافق القياس أو خالفه.

الخامس: أن يكون ممن يحفظ، فلا تقبل شهادة مغفل ولا معروف بكثرة الغلط والنسيان، لأن الثقة لا تحصل بقوله لاحتمال أن يكون من غلطه وتقبل شهادة من يقل ذلك منه، لأن أحدًا لا يسلم من الغلط.

(*) **الكعبتان**: فى النرد هو ما يعرف اليوم بالزهرى، وهى قطعة مكعبة يبين على كل وجه منها نقاط تمثل رقمًا.

(٣٧) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٢١٢).

(٣٨) أخرجه ابن الجوزى فى «العلل المتناهية» (٢/ ١٣٠٤/ ص٧٨٢، ٧٨٣) وقال: هذا حديث لا أصل له، وعزاه صاحب الكنز (١٥/ ٤٠٦٥٦) إلى الديلمى، صاحب الشاة: من يلعب بالشطرنج.

(20) تراجع المسألة رقم (١٨٩١) برقم (٣١).

وقولهم: لا نص فـيها، قد ذكـرنا فيهـا نصًا وهى أيضًا فى معـنى النرد المنصوص على تحريمه، وقـولهم: إن فيها تدبيـر الحرب، قلنا: لا يقصد هذا منهـا وأكثر اللاعبـين بها إنما يقصدون منها اللعب أو القمـار، وقولهم: إن المعول فيها على تدبيره، فـهو أبلغ فى اشتغاله بها وصدها عن ذكر الله والصلاة.

إذا ثبت هذا: فقال أحمد: النـرد أشد من الشطرنج وإنما قال ذلك لورود النص فى النرد والإجماع على تحريمها بخلاف الشطرنج، وإذا ثبت تحريمها فقال القاضى: هو كالنرد فى رد الشهادة به، وهذا قول مالك وأبى حنيفة لأنه محرم مثله.

فـصل: قال رحمه الله: **السادس**: (العدالة: وهى استواء أحواله فى دينه واعتدال أقواله وأفعاله، وقـيل: العدل من لم تظهر منه ريبة، ويعـتبر له شيئـان: الصلاح فى الدين وهو أداء الفرائض، واجتناب المـحارم وهو أن لا يرتكب كبيرة ولا يدمن على صغـيرة) فإن الله تعالى نهى أن تقبل شهادة القاذف فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة، ولا يخرجه عن العدالة فعل صغيرة لقول الله تعالى: ﴿ **الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلاَّ اللَّمَمَ** ﴾ (النجم: ٣٢) قيل: اللمم صغار الذنوب، ولأن التحرز منها غير ممكن، وجـاء عن النبى ﷺ أنه قال: «إن تغفر اللهم تغفر جمًا وأى عبد لك لا ألما» أى لم يلم فإن «لا» مع الماضى بمنزلة «لم» مع المستقبل، وقيل: اللمم: أن يلم بالذنب ولا يعود فـيه، والكبائر: كل ذنب فيه حـد والإشراك بالله وقتل النفس التى حرم الله وعقوق الوالدين، وقد روى أبو بكرة أن رسول الله ﷺ قال: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر: الإشراك بالله وقتل النفس التى حرم الله وعقوق الوالدين ـ وكان متكئًا فجلس فقال: ـ ألا وقول الزور وشهادة الزور» فما زال يكررها حـتى قلنا ليته سكت، متفق عليه[22]، قـــال أحمد: لا تجوز شهادة آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ولا من لا يؤدى زكاة ماله، وإذا أخرج فى طريق المسلمين الأسطوانة والكنيف لا يكون عـدلاً ولا يكون ابنه عدلاً إذا ورث أباه حتى يرد ما أخذ من طريق المسلمـين، ولا يكون عدلاً إذا كذب الكذب الشديد، لأن النبى ﷺ رد شهـادة رجل فى كذبة[23]، وقال عن الزهرى عن عروة عن عـائشة عن النبى ﷺ: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود فى حد ولا ذى غمر على أخيه فى عداوة ولا القاطع لأهل البيت ولا مجرب عليه شهادة زور ولا ضنين فى قرابة ولا ولاء»[24] وقد رواه أبو داود: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمـر على أخيه» فأما الصغائر فإن كان مصرًا عليـها ردت شهادته، وإن كان الغالب من أمره الطاعـات لم ترد لما ذكرنا من عدم إمكان التحرز منه.

30- **مـسـألة:** (ولا تقبل شهـادة فاسق لقوله سبـحانه وتعالى: ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ

---

(22) راجع رقم (٢٩). (23) راجع رقم (٣٠).

(24) هذه الأحاديث تراجع فى المسألة رقم (١٨٩٠) مغنى.

وقال أبو بكر: إن فـعله من يعتقـد تحريمه، فـهو كالنرد فى حقـه، وإن فعله من يعتـقد إباحتـه لم ترد شهـادته إلا أن يشغله عن الصـلاة فى أوقاتهـا أو يخرجـه إلى الحلف الكاذب ونحوه من المحرمات أو يلعب بها على الطريق أو يفعل فى لعبه ما يستخف به من أجله ونحو هذا ممـا يخرجه عن المـروءة، وهذا مذهب الشافـعى، وذلك لأنه مختلف فـيه فأشبـه سائر المختلف فيه.

مِّنكُمْ﴾ (الطلاق: ٢) **وقال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾** (الحجرات: ٦) **الآية، والشهادة نبأ فيجب التوقف عنه)** .

وقد روى فى الحديث: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود فى الإسلام ولا ذى غمـر على أخيه» رواه أبو عبـيد(25) وكان أبو عبـيد لا يرى الخائن والخائنة مختـصًا بأمانات الناس بل جميع ما فرض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من كبير ذلك وصغيره، قال الله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ﴾ (الأحزاب: ٧٢) الآية، وروى عن عمـر أنه قال: لا يؤسـر رجل بغيـر العدول(26)، ولأن دين الفـاسق لا يـزعـه عن ارتكاب محظـورات الدين فلا يؤمن أن لا يزعـه عن الكذب فلا تحـصل الثقـة بخبره، إذا تـقرر هذا فالفسق نوعان:

أحدهما: من جهة الأفعال، فلا خلاف فى رد شهادته، **الثانى:** من جهة الاعتقاد، وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضًـا، وبه قال مَالكٌ وَشَرَيكٌ وإسحاقُ وأبو عُبَيْد وأبو ثَوْر، قال شريك: أربـعة لا تجوز شهادتهـم: رافضى يزعم أن له إمامًا مـفترضة طاعـته، وخارجى يزعم أن الدنيا دار حرب وقد يزعم أن المـشيئة إليه، ومرجئ، ورد شهـادة يعقوب وقال: ألا أرد شهادة قوم يزعـمون أن الصلاة ليست من الإيمان؟ وقال أبو حامد من أصـحاب الشافعى: المخـتلفون على ثـلاثة أضرب: ضـــرب: اختلفـوا فى الفروع فهؤلاء لا يفـسقون ولا ترد شهادتهم، وقد اختلفت الصحابة فى الفروع ومن بعدهم من التابعين.

الثـــانى: من نفسقـه ولا نكفره، وهو من سب القرابة كالخـوارج أو من سب الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك.

الثالث: من نكفره وهو من قال بخلق القرآن ونفى الرؤية وأضاف المـشيئة إلى نفسه فلا تقبل له شهـادة، وذكر القاضى أبو يعلى مثل هذا سواء قـال: وقال أحمد: ما تعجـبنى شهادة الجهمية والرافضة والقدرية المـعلنة، وظاهر قول الشَّافعىِّ وابن أبى لَيْلَى والثَّوْرىِّ وأبى حنيفة وأصـحابه قـبول شـهـادة أهل الأهواء، وأجاز سـوار شـهادة ناس من بنى الـعنبر مـمن يرى الاعتزال، قال الشافعى: إلا أن يكون ممن يرى الشـهادة بالكذب كالخطابية وهم أصحاب أبى الخطاب يشهد بعضهم لبعض بتصديقه.

---

(25) أخرجه أبو داود فى «الأقضية» (٣/ ح ٣١٠٠) وإسناده حسن.

(26) أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٧٢٠).

فصل: واللاعب بالحمام يطيرها لا شهادة له، وهذا قول أصحاب الرأى، وكان شريح لا يجيز شهادة صاحب حمام ولا حمام، وذلك لأنه سفه ودناءة وقلة مروءة، ويتضمن أذى الجيران بطيره وإشرافه على دورهم ورميه إياها بالحجارة.

وقد رأى النبى ﷺ رجلاً يتبع حمامًا فقال: «شيطان يتبع شيطانة»(٣٩) وإن اتخذ الحمام لطلب فراخها أو لحمل الكتب أو للأنس بها من غير أذى يتعدى إلى الناس لم ترد شهادته، وقد روى عبادة بن الصامت أن رجلاً جاء إلى النبى ﷺ فشكا إليه الوحشة فقال: «اتخذْ زوجًا من حمام»(٤٠).

ووجه قول من أجاز شهادتهم أنه اختلاف لم يخرجهم عن الإسلام أشبه الاختلاف فى الفروع، ولأن فسقهم لا يدل على كذبهم لكونهم ذهبوا إلى ذلك تدينًا واعتقادًا أنه الحق ولم يرتكبوه عالمين بتحريمه بخلاف فسق الأفعال.

31- مسألة: (ويتخرج قبول شهادة أهل الذمة على قبول شهادة الفاسق من جهة الاعتقاد المتدين به إذا لم يتدين بالشهادة لموافقيه على مخالفيه كالخطابية).

وكذلك قال أبو الخطاب، وروى عن أحمد جواز الرواية عن القدرى إذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة.

ولنا: أنه أحد نوعى الفسق فترد به الشهادة كالنوع الآخر، ولأنه فاسق فترد شهادته للآية.

32- مسألة: (فأما من فعل شيئًا من الفروع المختلف فيها فتزوج بغير ولى أو شرب من النبيذ ما لا يسكره أو أخر الحج مع إمكانه ونحوه متأولاً فلا ترد شهادته).

وإن فعله معتقدًا تحريمه ردت شهادته، ويحتمل أن لا ترد، نص عليه أحمد فى شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته، وبهذا قال الشافعى، وقال مالك: ترد شهادته، لأنه فعل ما يعتقد الحاكم تحريمه فأشبه المتفق على تحريمه.

ولنا: أن الصحابة ﷺ كانوا يختلفون فى الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه، لأنه فرع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذى يوافقه عليه الحاكم، فأما إن فعله معتقدًا تحريمه ردت شهادته إذا تكرر، ويحتمل أن لا ترد وبه قال أصحاب الشافعى، لأنه فعل لا يرد شهادة بعض الناس فلا يرد شهادة البعض الآخر كالمتفق على حله.

ووجه الأول أنه فعل محرم على فاعله ويأثم به فأشبه المتفق على تحريمه، وبهذا فارق معتقد حله وقد روى عن أحمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور، فأما من يعتقد أنه على التراخى ويتركه بنية فعله فلا ترد شهادته

---

(٣٩) أخرجه أبو داود (٤/ ٤٩٤٠) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٣٤٥) وإسناده صحيح.

(٤٠) ذكره السيوطى فى «اللآلئ المصنوعة» (٢/ ٢٣١) من حديث عبادة، وقال: قال ابن عدى: لا أعلم أحدًا يرويه عن ثور أبى الصلت وعامة ما يرويه منكر.

فـصل: فأما المسابقة المشروعة بالخيل وغيرها من الحيوانات أو على الأقدام فمباحة لا دناءة فيها ولا ترد به الشهادة، وقد ذكرنا مشروعية ذلك فى باب المسابقة، وكذلك ما فى معناه من الثقاف واللعب بالحراب، وقد لعب الحبشة بالحراب بين يدى رسول الله ﷺ وقامت عائشة خلفه تنظر إليهم وتستتر به حتى ملت، ولأن فى هذا تعلمًا للحرب فإنه من آلاته فأشبه المسابقة بالخيل والمناضلة، وسائر اللعب إذا لم يتضمن ضررًا ولا شغلاً عن فرض فالأصل إباحته فما كان منه فيه دناءة يترفع عنه ذوو المروءات منع الشهادات إذا فعله ظاهرًا وتكرر منه، وما كان منه لا دناءة فيه لم ترد بها الشهادة بحال.

كسائر ما ذكرنا، وقيل: ترد، لأنه روى عن عمر ﷺ أنه قال: لقد هممت أن أنظر فى الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية، ثم قال: ما هم بمسلمين ما هم بمسلمين.

33- **مسألة: الثانى**: (استعمال المروءة وهو فعل ما يجمله ويزينه وترك ما يدنسه ويشينه فلا تقبل شهادة المصانع، والمتمسخر، والمغنى، والرقاص، واللاعب بالشطرنج، والنرد، والحمام والذى يتغذى فى السوق ويمد رجليه فى مجمع الناس ويحدث بمباضعته أهله وأمته ويدخل الحمام بغير مئزر ونحو ذلك).

المروءات اجتناب الأمور الدنيئة المزرية به، وذلك نوعان: **أحدهما**: فى الأفعال كالأكل فى السوق وهو الذى ينصب مائدة فى السوق ويأكل والناس ينظرون إليه ولا يعنى أكل شىء يسير كالكسرة ونحوها، وإن كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه أو يمد رجليه فى مجمع الناس أو يتمسخر بما يضحك الناس به أو يخاطب امرأته أو أمته أو غيرهما بحضرة الناس الخطاب الفاحش أو يحدث الناس بمباضعته أهله أو نحو هذا من الأفعال الدنيئة فلا تقبل شهادته، لأن هذا سخف ودناءة فمن رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة ولا تحصل الثقة بقوله: قال أحمد فى رجل شتم بهيمة، قال الصالحون: لا تقبل شهادته حتى يتوب، وقد روى ابن مسعود البدرى قال: قال رسول الله ﷺ: «إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم تستح فاصنع ما شئت» يعنى من لم يستح صَنَعَ ما شاء، ولأن المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ولهذا يمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين، فقد روى عن أبى سفيان أنه حين سأله قيصر عن النبى ﷺ وصفته، قال: والله لولا أنى كرهت أن يؤثر عنى الكذب لكذبته، ولم يكن يومئذ ذا دين، ولأن الكذب دناءة والمروءة تمنع من الدناءة، وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت فى العدالة كالدين، ومن فعل شيئًا من هذا مختفيًا به لم يمنع من قبول شهادته، لأن مروءته لا تسقط به، وكذلك إن فعله مرة أو شيئًا لم ترد شهادته، لأن صغير المعاصى لا يمنع الشهادة إذا قل، فهذا أولى، ولأن المروءة لا تختل بقليل، هذا ما لم يكن عادة.

فصل: فى اللعب

كل لعب فيه قمار فهو محرم أى لعب كان وهو من الميسر الذى أمر الله تعالى باجتنابه ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته، وما خلا القمار وهو اللعب الذى لا عوض فيه من الجانبين ولا من أحدهما فمنه ما هو محرم ومنه ما هو مباح، فالمحرم اللعب بالنرد، وهذا قول أبى حنيفة وأكثر أصحاب الشافعى وقال بعضهم: هو مكروه غير محرم.

ولنا: ما روى أبو موسى قال: سمعت رسول الله ﷺ قال: «من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله» وروى بريدة أن النبى ﷺ قال: «من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده فى لحم الخنزير ودمه» رواه أبو داود[1]، وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير لم يسلم عليهم، إذا ثبت هذا فمن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قماراً أو غير قمار، وهو قول أبى حنيفة ومالك وظاهر مذهب الشافعى، وقال مالك: من لعب بالشطرنج والنرد فلا أرى شهادته إلا باطلة، لأن الله تعالى قال: ﴿**فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلاَّ الضَّلالُ**﴾ (يونس: ٣٢)وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال.

فصل: والشطرنج كالنرد فى التحريم إلا أن تحريم النرد آكد لورود النص فى تحريمه، وهذا فى معناه فيثبت فيه حكمه قياساً عليه، وذكر القاضى أبو الحسين ممن ذهب إلى تحريمه: علىٌّ بن أبى طالب وابن عمر وابنُ عباسٍ[2] وسعيدُ بنُ المُسيَّب والقاسم وسالم وعُرْوَةُ ومحمَّد بن علىٍّ بن الحُسين ومَطرُ الورَّاقُ ومالك وأبو حنيفَة وذهب الشَّافعىُّ إلى إباحته وحكى ذلك أصحابه عن أبى هُرَيْرَة وسعيَدِ بنِ المُسيَّبِ وسعيدِ بنِ جُبَيرٍ، واحتجوا بأن الأصل الإباحة ولم يرد بتحريمه نص ولا هو فى معنى المنصوص عليه فيبقى على الإباحة، ويفارق الشطرنج النرد من وجهين: **أحدهما:** أن فى الشطرنج تدبير الحرب فأشبه اللعب بالحراب والرمى بالنشاب والمسابقة بالخيل.

والثانى: أن المعول فى النرد على ما يخرجه الكعبتان فأشبه الأزلام والمعول فى الشطرنج على حذقه وتدبيره فأشبه المسابقة بالسهام.

ولنا قول الله سبحانه وتعالى: ﴿**إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ**﴾ (المائدة: ٩٠)قال على رضي الله عنه: الشطرنج من الميسر[3]، ومر رضي الله عنه على قوم فقال: ﴿**مَا هَذِهِ التَّمَاثِيلُ الَّتِى أَنتُمْ لَهَا عَاكِفُونَ**﴾ (الأنبياء: ٥٢)قال أحمد: أصح ما

---

(1) انظر الحديث رقم (٣٥) فى المسألة رقم (١٨٩٠).

(2) تراجع المسألة رقم (١٨٩٠).

(3) تراجع المسألة رقم (١٨٩٠).

فى الشطرنج قول على ﷺ، وروى واثلة بن الأسقع قال: قال رسول الله ﷺ: «إن لله عز وجل فى كل يوم ستمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاة فيها نصيب»[4] ولأنه لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فأشبه اللعب بالنرد، وقولهم لا نص فيها وقد ذكرنا فيها نصًا وهو فى معنى المنصوص على تحريمه، وقولهم إن فيها تدبير الحرب، قلنا: لا يقصد هذا منها، وأكثر اللاعبين بها إنما يقصدون منها اللعب والقمار، وقولهم: إن المعول فيها على تدبيره فهو أبلغ فى إشغاله بها وصدها عن ذكر الله وعن الصلاة، إذا ثبت هذا فقال أحمد: النرد أشد من الشطرنج، إنما قال ذلك لورود النص فى النرد بخلاف الشطرنج، إذا ثبت هذا فقال القاضى: هو كالنرد فى رد الشهادة، وهو قول أبى حنيفة ومالك لاشتراكهما فى التحريم وقال أبو بكر: إن فعله من يعتقد تحريمه فهو كالنرد فى حقه، وإن فعله من يعتقد إباحته لم ترد شهادته إلا أن يشغله عن الصلاة فى أوقاتها أو يخرجه إلى الحلف الكاذب أو نحوه من المحرمات أو يلعب بها على الطريق أو يفعل فى لعبه ما يستخف به من أجله ونحو هذا مما يخرجه عن المروءة، وهذا مذهب الشافعى، وذلك لأنه مختلف فيه أشبه سائر المختلف فيه.

فصل: فأما اللاعب بالحمام يطيرها فلا شهادة له وهذا قول أصحاب الرأى، وكان شريح لا يجيز شهادة صاحب حمام ولا حمام، ولأنه سفه ودناءة وقلة مروءة ويتضمن أذى الجيران وإشرافه على دورهم ورميه إياها بالحجارة، وقد روى أن النبى ﷺ رأى رجلاً يتبع حمامًا فقال: «شيطان يتبع شيطانة»[5] فإن اتخذ الحمام لطلب فراخها أو لحمل الكتب أو للأنس بها من غير أذى يتعدى إلى الناس فلا بأس، وقد روى عبادة بن الصامت أن رجلاً أتى النبى ﷺ فشكا إليه الوحشة فقال: «اتخذ زوجًا من الحمام»[6].

فصل: فأما المسابقة المشروعة بالخيل وغيرها من الحيوانات أو على الأقدام فمباحة ولا دناءة فيها ولا ترد بها الشهادة وقد ذكرنا مشروعية ذلك فى باب المسابقة، وكذلك ما فى معناها من الثقاف واللعب بالحراب، وقد لعب الحبشة بين يدى النبى ﷺ بالحراب وقامت عائشة ﷺ تنظر إليهم وتستتر به حتى ملت[7]، وسائر اللعب إذا لم يتضمن ضررًا ولا شغلاً عن فرض فالأصل إباحته فما كان فيه دناءة يترفع عنه ذووا المروءات منع الشهادة إذا فعله ظاهرًا وتكرر منه، وما لا دناءة فيه لم ترد الشهادة به بحال.

34- مسألة: (فأما الشين فى الصناعة كالحجام والحائك والنخال والنفاط والقمام

(4) تراجع المسألة رقم (١٨٩٠).

(5) أخرجه أبو داود فى «الأدب» (٤/ ٤٩٤٠) وإسناده صحيح.

(6) انظر تاريخ بغداد للخطيب (٥/ ١٩٩).

(7) تراجع المسألة رقم (١٨٩٠) برقم (٤١).

والزبال والمشعوذ والدباغ والحارس والكناس فهل تـقبل شهادتهم إذا حسنت طرائقهم؟ على وجهين).

الصناعات الدنيئة كالكساح والكباش لا تقبل شـهادتهما لما روى سعيد فى سننه أن رجلاً أتى ابن عمـر فقال له: إنى رجل كناس، فـقال له: أى شىء تكنس؟ الزبل؟ قـال: لا، قال: فالعذرة؟ قال: نعم، قال: الأجر خبيث وما تزوجت فخبيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه، وعن ابن عباس مثله فى الكساح(8)، ولأن هذا دناءة يجتنبه أهل المروءات فأشبه الذى قبله، فأما الزبـال ونحوهم ففيـه وجهان **أحـدهـمـا**: لا تقبل شـهادتهم، لأنها دناءة تجتنبـها أهل المروءات فهو كالذى قبله، **والثانى**: يقبل، لأن بالناس إليه حاجة، فعلى هذا الوجه إنما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة فى وقتها ويصليهـا، فإن صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجهًا واحدًا، وأما الحـائك والحارس والدباغ فهو أعلى من هذه الصنائع فلا ترد به الشـهادة، وذكر شيخـنا فيها وجـهين، وكذلك ذكرها أبو الخطاب، والأولى قـبول شهادة الحـائك والحارس والدباغ، لأنه قد تولاها كثير من الصـالحين وأهل المروءات، وأما سائر الصنائع التى لا دناءة فيهـا فلا ترد الشهادة بهـا إلا من كان منهم يحلف كاذبًا أو يعد ويخلف وغلـب هذا عليه فإن شهـادته ترد، وكذلك من كـان منهم يؤخر الصـلاة عن أوقاتهـا ولا يتنزه عن النجاسـات فلا شهادة له، ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا كالصائغ والصيرفى ولم يتق ذلك ردت شهادته.

(8) راجع المسألة رقم (١٨٩٠) برقم (٣٤).

فصل: في الملاهي

وهي على ثلاثة أضـرب: مـحـرم: وهو ضرب الأوتار والنايات والمزامـير كلها والعود والطنبور والمعـزفة والرباب ونحوها، فمن أدام استماعها ردت شـهادته، لأنه يروى عن على ﷺ عن النبى ﷺ أنه قال: «إذا ظهـرت فى أمتى خمس عشرة خـصلة حل بهم البلاء»(١) فذكر فيها إظهار المعازف والملاهى.

وقال سـعيد: ثنا فـرج بن فضالة عن على بن يزيد عن القـاسم عن أبى أمامة قـال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله بعثنى رحـمة للعالمين وأمـرنى بمحق المعازف والمـزامير لا يحل بيعهن ولا شراؤهن ولا تعليمهن ولا التجارة فيهن وثمنهن حرام»(٢) يعنى الضاربات.

وروى نافع قال: سمع ابـن عمر مزماراً قـال: فوضع أصبعيـه فى أذنيه ونأى عن الطريق وقال لى: يا نافع هل تسمع شيئًا؟ قال: فقلت: لا، قـال: فرفع أصبعيه من أذنيه وقال: كنت

فصل: في الملاهي

وهي على ثلاثة أضـرب: مـحـرم: وهو ضرب الأوتار والنايات والمزامـير كلها والعود والطنبور والمعـزفة والرباب ونحوها، فمن أدام استـماعها ردت شـهادته، لأنه يروى عن على ﷺ عن النبى ﷺ قال: «إذا ظهر فى أمتى خمس عشـرة خصلة حل بهم البلاء» ذكر منها إظهار المعازف والملاهى، وقال سعـيد: ثنا فرج بن فضالة عن على بن يزيد عن القاسم عن أبى أمامة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله بعثنى رحـمـة للعالمين وأمرنى بمحق المعازف والمزامير لا يحل بيعهن ولا شراؤهن ولا التجارة فيهن وثمنهن حرام» يعنى الضاربات، وروى نافع قال: سمع ابن عمر مزماراً فـوضع أصبعيه على أذنيه ونأى عن الطريق وقال لى: يا نافع هل تسمع شيئًـا؟ قال: فقلت: لا، قال: فرفع أصبعـيه من أذنيه وقال: كنت مع النبى ﷺ

(١) أخرجـه الترمذى (٤/ ٢٢١٠) من حـديث على بن أبى طالب كرم الله وَجـهه بلفظ: «إذا فـعلت أمتى خمس عشـرة خصلة. . .» وذكره، الحديث بطوله، قـال أبو عيسى: هذا حديث غـريب لا نعرفه من حديث على بن أبى طالب إلا من هذا الـوجه ولا نعلم أحدًا رواه عن يحيى بن سـعيد الأنصارى غـير الفرج بن فضالة، والفرج بـن فضالة قد تكلم فيه بعض أهل الحديث وضعـفه من قبل حفظه وقد رواه وكيع وغـير واحد من الأئمـة، وذكره الغزالى فـى «الإحياء (٣/ ٥٣١) وقـال العراقى: فيـه الفرج بن فضالة وهو ضعيف.

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٢٥٧، ٢٦٨) من حديث أبى أمامة، وذكـره الهيثمى فى «المجمع» (٥/ ٦٩) وقال: رواه أحمد والطبرانى وفـيه على بن يزيد وهو ضعيف، كما ذكره التبـريزى فى «مشكاة المصابيح» (٢/ ٣٦٥٤) وقال الشيخ الألبانى: إسناده ضعيف.

مع النبى ﷺ فســمع مثل هذا فـصنع مثل هذا[٣]، رواه الخلال فى جـامعه مـن طريقين، ورواه أبو داود فى سننه وقال: حديث منكر.

وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة المزمار وقالوا: لو كان حرامًا لمنع النبى ﷺ ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعًـا من استماعه ولأنكر على الزامر بها، قلنا: أما الأول فلا يصح، لأن المحرم اسـتماعها دون سمـاعها والاستماع غـير السماع، ولهذا فرق الفـقهاء فى سجود التلاوة بين السامع والمسـتمع ولم يوجبوا على من سمع شيئًا محـرمًا سد أذنيه، وقال الله تعالى: ﴿وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ﴾ (القصص: ٥٥) ولم يقل سدوا آذانهم، والمستمع هو الذى يقصد السماعَ ولم يوجد هذا من ابن عمر وإنما وجد منه السماع، ولأن بالنبى ﷺ حاجـة إلى معرفـة انقطاع الصوت عنه لأنه عـدل عن الطريق وسد أذنيه فلم يـكن ليرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه عن أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه فأبيح للحاجة.

وأما الإنكار فلعله كـان فى أول الهجرة حين لم يكن الإنكار واجبًـا أو قبل إمكان الإنكار لكثرة الكفـار وقلة أهل الإسلام، فـإن فهذا الخبر ضـعيف فإن أبا داود رواه وقال: هو حديث منكر، قلنا: قد رواه الخلال بإسناده من طريقين فلعل أبا داود ضعفه لأنه لم يقع له إلا من إحدى الطريقين.

فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا، رواه الخـلال فى جامعه من طريقين، ورواه أبو داود فى سننه وقال: حديث منكر.

وقد احتج قومـه بهذا الخبر على إباحة المزمار وقـالوا: لو كان حرامًا لمنع النبى ﷺ ابن عمر من سمـاعه ومنع ابن عمر نافعًا من استمـاعه ولأنكر على الزامر بها، قلنا: الأول لا يصح، لأن المحرم استماعها دون سماعها والاستماع غير السماع ولهذا فرق الفقهاء فى سجود التلاوة بين السامع والمستمع، ولم يوجبوا على من سمع شيئًا محرمًا سد أذنيه قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ﴾ (القـصص: ٥٥) ولم يقل سدوا آذانهم، والمـستمع هو الذى يقصد السماع ولم يوجد هذا من ابن عمـر وإنما وجد السماع، ولأن بالنبى ﷺ حاجة إلى معرفة انقطاع سماع الصوت عنه، لأنه عدل عن الطريق وسد أذنيه فلم يكن ليرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه من أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه فأبيح للحاجة.

وأما الإنكار فلعله كان فى أول الهـجرة حـينما لم يكن الإنكار واجبًا أو قبل إمكان الإنكار لكثرة الكفـار وقلة أهل الإسلام، **فـإن قـيل:** فهذا الخبر ضـعيف فإن أبا داود رواه وقال هو حديث منكر، **قلـنا:** قد رواه الخلال من طريقين فلعل أبا داود ضعفه، لأنه لم يقع له إلا من إحدى الطريقين.

---

(٣) تقدم فى المسألة رقم (١٢١٨/ ح٢٤).

وضـرب مبـاح: وهو الدف فإن النبى ﷺ قال: «أعلنوا الـنكاح واضربوا عليه بالدف» أخرجه مسلم(٤)، وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعى أنه مكروه فى غير النكاح، لأنه يروى عن عمر أنه كان إذا ســمع صوت الدف بعث فنظر فإن كان فى وليمة سـكت، وإن كان فى غيرها عمد بالدرة(٥).

ولنا: ما روى عن النبى ﷺ أن امـرأة جاءته فقالت: إنى نذرت إن رجـعت من سفرك سالمًا أن أضرب على رأسك بالدف، فقال النبى ﷺ: «أوفى بنذرك» رواه أبو داود(٦)، ولو كان مكروهًا لم يأمرها به وإن كان منذورًا.

وروت الربيع بنت مـعوذ قالت: دخل على رســول الله ﷺ صبيــحة بنى بى فـجعلت جويريات يضربن بدف لهن ويندبن من قتل من آبائى يوم بدر إلى أن قالت إحداهن: وفينا نبى يعلم ما فى غد، فقال: «دعى هذا وقولى الذى كنت تقولين» متفق عليه(٧).

وأما الضرب به للرجال فمكروه على كل حال، لأنه إنما كان يضرب به النساء والمخنثون المتـشبهون بهن فـفى ضرب الرجال به تشـبه بالنساء، وقد لعـن النبى ﷺ المتشبــهين من الرجال بالنساء(٨).

وضرب مـباح: وهو الدف، فإن النبى ﷺ قال: «أعلنوا الـنكاح واضربوا عليه بالدف» أخرجه مسلم، وذكـر أصحابنا وأصحاب الشافـعى أنه مكروه فى غير النكاح، لأنه يروى عن عمر أنه كـان إذا سمع صوت الدف بعث فنظر فـإن كان فى وليمة سكت وإن كـان فى غيرها عمد الدرة.

ولنا: ما روى عن النبى ﷺ أن امـرأة جاءته فقالت: إنى نذرت إن رجـعت من سفرك سالـمًا أن أضرب عـلى رأسك بالدف، فقـال النبى ﷺ: «أوف بنذرك» رواه أبو داود، ولو كان مكروهًا لم يأمرها به وإن كان منذورًا.

وروت الربيع بنت مـعوذ قالت: دخل على رســول الله ﷺ صبيــحة بنى بى فـجعلت جويريات يضربن بدف لهن ويندبن من قتل من آبائى يوم بدر إلى أن قالت إحداهن: وفينا نبى يعلم ما فى غد، فقال: «دعى هذا وقولى الذى كنت تقولين» متفق عليه.

فأما الضرب به للرجال فهو مكروه على كل حال، لأنه إنما يضرب به النساء والمخنثون،

(٤) تقدم برقم (١٦٤) مسألة رقم (١١٣٥). (٥) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (١١/ ١٩٧٣٨).

(٦) أخرجه أبو داود فى «الأيمان والنذور» (٣/ ح٣٣١٢) وإسناده حسن.

(٧) أخرجه الـبخارى فى «النكاح» (٩/ ح٥١٤٧/ فتح) وأبو داود فى «الأدب» (٤/ ٤٩٢٢) والتـرمذى فى «النكاح» (٣/ ١٠٩٠) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ١٨٩٧) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٢٥٩، ٢٦٠).

(٨) أخرجه البخارى فى «اللبـاس» (١٠/ ٥٨٨٥/ فتح) وأبو داود فى «الأدب» (٤/ ٤٠٩٧) وابن ماجه فى «سننه» (١/ ١٩٠٤) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٢٥٤، ٣٣٠، ٣٣٩) (٢/ ٢٨٧، ٢٨٩).

فأما الضرب بالقضيب فمكروه إذا انضم إليه محرم أو مكروه كالتصفيق والغناء والرقص، وإن خلا عن ذلك كله لم يكره، لأنه ليس بآلة ولا يطرب ولا يسمع منفردًا بخلاف الملاهى، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كما قلنا.

فــصل: واختلف أصـحابنا فى الغناء فذهب أبو بكر الخلال وصاحبه أبو بكر عبد العزيز إلى إباحته، وقال أبو بكر عــبد العزيز: والغناء والنوح معنى واحد مبــاح ما لم يكن معه منكر ولا فيه طعن، وكــان الخلال يحمل الكراهة من أحمــد على الأفعال المذمــومة لا على القول بعينه.

وروى عن أحمد أنه سمع عند ابنه صالح قوالاً فلم ينكر عليه وقال له صالح: يا أبه أليس كنت تكره هذا؟ فقــال: إنه قيل لى إنهم يستعــملون المنكر، وممن ذهب إلى إباحتــه من غير كراهة سعد بن إبراهيم وكثير من أهل المدينة والعنبرى لما روى عن عائشة ﵂ قالت: كانت عندى جاريتان تغنيــان فدخل أبو بكر فقال: مزمور الشيطــان فى بيت رسول الله ﷺ؟ فقال رسول الله ﷺ: «دعهما فإنها أيام عيد» متفق عليه[٩].

وعن عمــر ﵁ أنه قال: الغناء زاد الراكب، واختــار القاضى أنه مكروه غير مــحرم وهو قول الشــافعى قــال: هو من اللهــو المكروه، وقال أحــمد: الغناء ينبت النفــاق فى القلب لا يعجبنى.

والمشبهون بهن ففى ضرب الرجال به تشبه بالنساء، فأما الضرب بالقضيب فيكره إذا انضم إليه مكروه أو محرم كالتصفيق والغناء والرقص وإن خلا عن ذلك كله لم يكره، لأنه ليس بآلة لهو ولا بطرب، ولا يسمع منفردًا بخلاف الملاهى، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كما قلنا.

فــصل: واختلف أصحــابنا فى الغناء فذهب الخلال وصاحبــه أبو بكر عبد العزيز إلى إباحته، قال أبو بكر عبد العزيز: الغناء والنوح معنى واحــد مباح ما لم يكن معه منكر ولا فيه طعن، فإن الخلال يحمل الكراهة من أحمد على الأفعال المذمومة لا على القول بعينه، وروى عن أحمد أنه سمع من عند ابنه صالح قوالاً فلم ينكر عليه، وقال له صالح: يا أبه أليس كنت تكرههم؟ فقال: قيل لى إنهم يستعــملون المنكر، وممن ذهب إلى إباحة الغناء من غير كراهة إبراهيم بن سعد وكثير من أهل المدينة والعنبرى لما روى عن عائشة ﵂ قالت: كانت عندى جاريتان تغنيان فدخل أبو بكر فقال: مــزمور الشيطان فى بيت رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: «دعها فإنها أيام عيد» متفق عليه.

وعن عمــر ﵁ أنه قال: الغناء زاد الراكب، واختــار القاضى أنه مكروه غير مــحرم وهو قول الشــافعى، وقــال: من اللهو الــمكروه، وقال أحــمد: الغناء ينبت النفــاق فى القلب، لا يعجبنى.

---

(٩) تقدم فى المسألة رقم (١٢١٩/ ح٤٣).

وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه، قال أحمـد فيمن مات وخلف ولدًا يتيمًا وجارية مغنية فاحتاج الـصبى إلى بيعها: تباع ساذجة، قيل له: إنها تسـاوى مغنية ثلاثين ألفًا وتساوى ساذجة عشرين دينارًا، قال: لا تباع إلا على أنها ساذجة، واحتجوا على تحريمه بما روى عن ابن الحنفية فى قوله تعالى: ﴿وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ (الحج: ٣٠) قال: الغناء، وقال ابن عباس وابن مسعود فى قوله: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ﴾ (لقمان: ٦) قال: هو الغناء.

وعن أبى أمامـة أن النبى ﷺ نهى عن شراء المغنيات وبيـعهن والتجارة فـيهن، وأكل أثمانهن حرام[١٠]، أخرجه الترمذى وقال: لا نعرفه إلا من حديث على بن يزيد وقد تكلم فيه أهل العلم وروى ابن مـسـعود: أن الـنبى ﷺ قال: «الغـناء ينبت النفـاق فى القلب»[١١] والصحيح أنه من قول ابن مسعود، وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى له ويأتى له أو اتخذ غلامًا أو جارية مغنيين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له لأن هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقـوط مروءة ومن حرمـه فهو مع سـفهه عاص مـصر متظاهر بفـسوقه، وبهـذا قال الشافعى وأصحاب الرأى، وإن كان لا ينسب نفسه إلى الغناء وإنما يترنم لنفسه ولا يغنى الناس أو كان غلامـه وجاريته إنما يغنيـان له انبنى هذا على الخلاف فيه فمـن أباحه أو كرهه لم ترد شهادته، ومن حرمـه قال: إن داوم عليه ردت شهادته كسائر الصـغائر، وإن لم يداوم عليه لم

وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه، قال أحمـد فيمن مات وخلف ولدًا يتيمًا وجارية مغنية فاحتاج الـصبى إلى بيعها: تباع ساذجة، قيل له: إنها تسـاوى مغنية ثلاثين ألفًا وتساوى ساذجة عـشرين دينارًا، فقال: لا تباع إلا على أنهـا ساذجة، واحتجوا على تحـريمه بما روى عن ابن الحنفيـة فى قوله تعالى: ﴿وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ (الحج: ٣٠)قال: الغنـاء، وقال ابن عباس وابن مسعود فى قول الله تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ﴾ (لقمان: ٦)قال: هو الغناء، وعن أبى أمامة أن النبى ﷺ نهى عن شراء المغنيات بيعهن والتجارة فيهن وأكل أثمانهن حرام أخـرجه الترمذى، وقال: لا نعرفـه إلا من حديث على بن يزيد وقد تكلم أهل العلم فيه.

وروى ابن مسعود أن النبى ﷺ قال: «الغناء ينبت النفاق فى القلب» والصحيح أنه قول ابن مسعود، وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى إليه ويأتى له أو اتخذ غلامه أو جارية مغنيين يجـمع عليهما الناس فلا شـهادة له، لأن هذا عند من لم يحرمه سفـه ودناءة وسقوط مروءة، ومن حرمه فـهو مع سفهه عاصٍ مُصِـرٌّ متظاهر بفسقه، وبهذا قال الشـافعى وأصحاب

---

(١٠)أخرجه الترمذى (٣/ ١٢٨٢) وابن ماجه (٢/ ٢١٦٨) وإسناده حسن.

(١١)أخرجه أبو داود فى «الأدب» (٤/ ٤٩٢٧) والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ٢٢٣) وإسناده ضعيف، وانظر «ضعيف الجامع» (٢/ ٨٥).

ترد شهادته، وإن فعله من يعـتقد حله فقياس المذهب أنه لا ترد شهادته بـما لا يشتهر به منه كسـائر المختـلف فيه من الفـروع، ومن كان يغشـى بيوت الغناء أو يغشـاه المغنون للسـماع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته فى قولهم جميعًا، لأنه سفه ودناءة وإن كان معتبراً به فهو كالمغنى لنفسه على ما ذكر من التفصيل فيه.

فـــصـل: وأما الحـداء ـ وهو الإنشاد الذى تـساق به الإبل ـ فمباح لا بأس به فى فـعله واستماعه، لما روى عن عائشة ﵂ قالت: كنا مع رسول الله ﷺ فى سفر وكان عبد الله ابن رواحة جـيد الحداء وكـان مع الرجال، وكان أنجـشة مع النساء، فـقال النبى ﷺ لابن رواحة: «حرك بالقوم» فاندفع يرتجز فتبعـه أنجشة فأعنقت الإبل، فقال النبى ﷺ لأنجشة: ««رويدك رفـقًا بالقـوارير»[١٢] يعنى النساء، وكـذلك نشيد الأعـراب وهو النصب لا بأس به وسائر أنواع الإنشاد ما لم يخرج إلى حد الغناء، وقـد كان النبى ﷺ يسمع إنشاد الشعر فلا ينكره، والغناء من الصوت ممدود مكسور، والغنى من المال مقصور، والحداء مضموم ممدود كالدعاء والرعاء ويجوز الكسر كالنداء والهجاء والغذاء.

الرأى، وإن كان لا ينسب نفـسه إلى الغناء وإنما يتـرنم لنفسه ولا يغنى للناس أو كان غـلامه وجاريته إنما يغنيان له انبنى هذا على الخلاف فـيه، فمن أباحه أو كرهه لم ترد شهادته، ومن حرمه قال: إن دام عليه ردت شهادته كـسائر الصغائر، وإن لم يداوم عليه لم ترد شهادته، وإن فعله من يعتقد حله فقياس المذهب أن لا ترد شهادته بما لا يشتهر به منه كسائر المختلف فيه من الفروع، ومن كان يغشى بيـوت المغنى أو يغشاه المغنون للسمـاع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته فى قولهم جميعًا، لأنه سفه ودناءة، وإن كان مـستتراً به فهو كالمغنى لنفسه على ما ذكر من التفصيل فيه.

فـــصـل: فـأما الحـداء وهو الإنشـاد التى تسـاق به الإبل فـمبـاح لا بأس به فى فـعله واستماعه، لما روى عن عائشة ﵂ قالت: كنا مع رسول الله ﷺ فى سفر وكان عبد الله ابن رواحة جـيد الحداء وكـان مع الرجال، وكان أنجـشة مع النساء، فـقال النبى ﷺ لابن رواحة: «حرك بالقـوم» فاندفع ينشد فتبعـه أنجشة فأعنقت الإبل فقـال النبى ﷺ لأنجشة: «رويدك رفقـًا بالقوارير» يعنى النساء، وكـذلك نشيد الأعـراب وهو النصب لا بأس به وسائر أنواع الإنشاد ما لم يخرج إلى حد الغناء، وقد كان النبى ﷺ يسمع إنشاد الشعر فلا ينكره، والغناء من الصـوت ممدود مكسـور، والغنى من المال مـقصـور، والحداء ممـدود مضـموم كالدعاء، ويجوز الكسر كالنداء.

---

(١٢) أخرجه البخارى فى «الأدب» (١٠/ ٦٢١٠/ فتح) ومـسلم فى «الفضائل» (٤/ ٧٠/ ١٨١١) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ١٠٧، ١١٧، ١٧٢، ١٧٦، ١٨٧، ٢٠٢) وابن حبان فى «صـحيحه» (٧/ ٥٢٢) من حديث أنس بن مالك.

فـصل: والشعر كالكلام حسنه كحسنه وقبـيحه كقبيحه، وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «إن من الشعر لحكمًا»[١٣] وكان يضع لحسان منبرًا يقوم عليه فيهجو من هجا رسول الله ﷺ والمسلمين[١٤] وأنشده كعب بن زهير قصيدة:

* بانت سعـاد فقلبى اليوم متـبول *

فى المسجد[١٥]، وقال له عمه العباس: يا رسول الله إنى أريد أن أمتدحك، فقال: «قل لا يفضض الله فاك» فأنشده:

من قَـــبْلـهـــا طِبْتَ فى الـظلال وفى مستودع حيث يُخْصَفُ الوَرَقُ[١٦]

وقال عمرو بن الشـرِيد: أردفنى رسول الله ﷺ فقال: «أمعك من شـعر أمية؟» قلت: نعم، فأنشدته بيتًا فقال: «هيه» فأنشدته بيـتًا فقال: «هيه» حتى أنشدته مائة قافية[١٧]، وقـال النبى ﷺ يوم حنين:

أنـا الـنـبـىُّ لا كَـــــــذِبْ أنا ابـنُ عـــبـــدِ الـمطلبْ[١٨]

فـصل: والشعر كالكلام حسنه كحسنه وقبـيحه كقبيحه، وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «إن من الشعـر لحكمًا» وكان يضع لحسان منبـرًا يقوم عليه فيهجـو من هجا رسول الله ﷺ والمسلمين، وأنشده كعب بن زهير قصيدته:

* بانت سعـاد فقلبى اليوم متـبول *

فى المسجد، وقـال له عمه العباس: يا رسول الله إنى أريد أن أمـتدحك، فقال: «قل لا يفضض الله فاك» فأنشده:

من قـــبلـهـــا طـبت فى الـظلال وفى مـستـودع حيث يخـصف الورق

وقال عمـر بن الشريد: أردفنى رسول الله ﷺ فـقال: «أمعك من شعر أمـية؟» قلت: نعم، فأنشدته بيتًا، فقال «هيه» حتى أنشدته مائة قافية، وقال النبى ﷺ يوم حنين:

أنـا الـنـبـى لا كـــــــذب أنـا ابن عـــبـــد المطلب

---

(١٣) أخرجه البخارى فى «الأدب» (١٠/ ٦١٤٥/ فتح) وأبو داود فى «الأدب» (٤/ ٥٠١٠) والترمذى فى «الأدب» (٥/ ٢٨٤٥) وابن مـاجـه فى «سننـه» (٢/ ٣٧٥٥) والدارمى (٢/ ٢٧٠٤) وأحـمـد فى «مسنده» (١/ ٢٦٩، ٢٧٣، ٣٠٣) (٥/ ١٢٥).

(١٤) أخرجه أبو داود فى «الأدب» (٤/ ٥٠١٥) والترمذى فى «الأدب» (٥/ ٢٨٤٦) وإسناده حسن.

(١٥) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٢٤٣).

(١٦) أخرجـه الحاكم (٣/ ٣٢٦) وقال: هذا حـديث تفرد به رواته الأعراب عن آبائهم وأمـثالهم من الرواة ووافقه الذهبى، وأبو نعـيم فى «الحلية» (١/ ٣٦٤) وذكره الهيثمى فى «الـمجمع» (٨/ ٢١٧) وقال: رواه الطبرانى وفيه من لم أعرفهم.

(١٧) أخرجه مسلم فى كتاب «الشعـر» (٤/ ١٧٦٧/ ١) وابن ماجه (٢/ ٣٧٥٨) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٣٨٨، ٣٩٠).

(١٨) أخرجه البخارى فى «الجهاد» (٦/ ٢٨٦٤/ فتح) ومسلم فى كتاب «الجهاد» (٣/ ١٤٠٠/ ٧٨، ٧٩) والترمذى (٤/ ١٦٨٨) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٢٨١، ٣٠٤).

وقد اختلف فى هذا فقيل: ليس بشعر وإنما هو كلام موزون، وقيل: بل هو شعر ولكنه بيت واحد قصير فهو كالنثر، ويروى أن أبا الدرداء قيل له: ما من أهل بيت فى الأنصار إلا وقد قال الشعر، قال: وأنا قد قلت:

يريد المـــرء أن يُعْطَى مناه ... ويأبى الله إلا مـا أرادا

يقول المـرء فائدتى ومالى ... وتقوى الله أفضلُ ما استفادا[١٩]

وليس فى إباحة الشعر خلاف، وقد قاله الصحابة والعلماء، والحاجة تدعو إليه لمعرفة اللغة العربية والاستشهاد به فى التفسير وتعرف معانى كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ ويستدل به أيضًا على النسب والتاريخ وأيام العرب، ويقال: الشعر ديوان العرب، **فإن قيل:** فقد قال الله تعالى: ﴿وَالشُّعَرَاءُ يَتَّبِعُهُمُ الْغَاوُونَ﴾ (الشعراء: ٢٢٤) وقال النبى ﷺ: «لأن يمتلئ جوف أحدكم قيحًا حتى يريه خير له من أن يمتلئ شعرًا»[٢٠] رواه أبو داود وأبو عبيد، وقال: معنى يريه يأكل جوفه، يقال: وراه يريه، قال الشاعر[*]:

وراهُنَّ ربى مثل مـا قـد وَرَيْنَنى ... وأحْمَى على أكبادهن المكاويا

قلنا: أما الآية فالمراد بها من أسرف وكذب بدليل وصفه لهم بقوله: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّهُمْ فِى كُلِّ

وقد اختلف فى هذا فقيل: ليس بشعر وإنما هو كلام موزون، وقيل: بل هو شعر ولكنه بيت واحد قصير فهو كالنثر، ويروى أن أبا الدرداء قيل له: ما من أهل بيت فى الأنصار إلا وقد قال الشعر، قال: وأنا قد قلت:

يريد المـــرء أن يعطى مناه ... ويأبى الله إلا مـا أرادا

يقول المـرء فائدتى ومالى ... وتقوى الله أفضل ما استفادا

وليس فى إباحة الشعر اختلاف، وقد قاله الصحابة والعلماء، والحاجة تدعو إليه لمعرفة اللغة العربية وللاستشهاد به فى التفسير وتعرف معنى كلام الله تعالى وكلام رسول ﷺ، ويستدل به أيضًا على النسب والتاريخ وأيام العرب، ويقال: الشعر ديوان العرب، **فإن قيل:** فقد قال الله تعالى: ﴿وَالشُّعَرَاءُ يَتَّبِعُهُمُ الْغَاوُونَ﴾ (الشعراء: ٢٢٤) وقال النبى ﷺ: «لأن يمتلئ جوف أحدكم قيحًا حتى يريه خير له من أن يمتلئ شعرًا» رواه أبو داود وأبو عبيد وقال: معنى يريه: يأكل جوفه، يقال: وراه يريه، قال الشاعر:

وراهن ربى مثل مـا قـد ورينني ... وأحمى على أكبادهن المكاويا

قلنا: أما الآية فالمراد بها من أسرف وكذب بدليل وصفه لهم بقوله: ﴿أَلَمْ تَرَ أَنَّهُمْ فِى كُلِّ

---

(١٩) ذكره ابن عبد البر فى الاستيعاب (٤/ ٢٩٤٠).

(٢٠) أخرجه مسلم فى كتاب «الشعر» (٤/ ١٧٦٩/ ٧، ٨) وأبو داود (٤/ ٥٠٠٩) والترمذى (٥/ ٢٨٥١) وابن ماجه (٢/ ٣٧٥٩) وأحمد فى «مسنده» (١/ ١٧٥، ١٧٧، ١٨١) (٢/ ٣٩، ٩٦، ٢٨٨، ٣٣١) (٣/ ٨، ٤١).

(*) هو سحيم عبد بنى الحسحاس، والبيت فى ديوانه ٢٤.

وَادٍ يَهِيمُونَ (٢٢٥) وَأَنَّهُمْ يَقُولُونَ مَا لا يَفْعَلُونَ ﴾ (الشعراء: ٢٢٥، ٢٢٦) ثم استثنى المؤمنين فقال: ﴿ إِلاَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَذَكَرُوا اللَّهَ كَثِيراً ﴾ (الشعراء: ٢٢٧) ولأن الغالب على الشعراء قلة الدين والكذب وقذف المحصنات وهجاء الأبرياء سيما من كان فى ابتداء الإسلام ممن يهجو المسلمين ويهجو النبى ﷺ ويعيب الإسلام وأهله ويمدح الكفار فوقع الذم على الأغلب واستثنى منهم من لا يفعل الخصال المذمومة، فالآية دليل على إباحته ومدح أهله المتصفين بالصفات الجميلة.

وأما الخبر فقال أبو عبيد: معناه أن يغلب عليه الشعر حتى يشغله عن القرآن والفقه، وقيل: المراد به ما كان هجاء وفحشًا، فما كان من الشعر يتضمن هجو المسلمين والقدح فى أعراضهم أو التشبيب بامرأة بعينها والإفراط فى وصفها فذكر أصحابنا أنه محرم، وهذا إن أريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح، وأما على راويه فلا يصح فإن المغازى تروى فيها قصائد الكفار الذين هاجوا بها أصحاب رسول الله ﷺ لا ينكر ذلك أحد.

وقد روى أن النبى ﷺ أذن فى الشعر الذى تقاولت به الشعراء فى يوم بدر وأحد وغيرهما إلا قصيدة أمية بن أبى الصلت الحائية، وكذلك يروى شعر قيس بن الحطيم (*) فى التشبيب بعَمْرَةَ بنت رواحة أخت عبد الله بن رواحة وأم النعمان بن بشير، وقد سمع النبى

وَادٍ يَهِيمُونَ (٢٢٥) وَأَنَّهُمْ يَقُولُونَ مَا لا يَفْعَلُونَ ﴾ (الشعراء: ٢٢٥، ٢٢٦) ثم استثنى المؤمن بقوله: ﴿ إِلاَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَذَكَرُوا اللَّهَ كَثِيراً ﴾ (الشعراء: ٢٢٧)ولأن الغالب على الشعراء قلة الدين والكذب وقذف المحصنات وهجاء الأبرياء لا سيما من كان فى ابتداء الإسلام ممن يهجو النبى ﷺ ويهجو المسلمين ويعيب الإسلام ويمدح الكفار فوقع الذم على الأغلب واستثنى منهم من لا يفعل الخصال المذمومة، فالآية دليل على إباحته ومدح أهله المتصفين بالصفات الجميلة، وأما الخبر فقال أبو عبيد: معناه أن يغلب عليه الشعر حتى يشغله عن القرآن والفقه وقيل: المراد به ما كان هجاء وفحشًا فما كان من الشعر يتضمن هجاء المسلمين والقدح فى أعراضهم أو التشبب بامرأة بعينها بالإفراط فى وصفها فذكر أصحابنا أنه محرم، وهذا إن أريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح، وأما على راويه فلا يصح، فإن المغازى يروى فيها قصائد الذين هاجوا بها أصحاب رسول الله ﷺ لا ينكر ذلك أحد.

وقد روى أن النبى ﷺ أذن فى الشعر الذى تقاولت به الشعراء فى يوم بدر وأحد وغيرهما إلا قصيدة أمية بن أبى الصلت الحائية، وكذلك يروى شعر قيس بن الحطيم فى التشبب بعمرة بنت رواحة أخت عبد الله بن رواحة أم النعمان بن بشير، وقد سمع النبى
ﷺ قصيدة كعب بن زهير، وفيها التشبب بسعاد ولم يزل الناس يروون أمثال هذا، ولا

(*) قيس بن الحطيم: من بنى الأوس عاش فى الجاهلية وأدرك الإسلام ولم يسلم وقتل قبل الهجرة، انظر فحول الشعراء (١/ ص٢٢٨).

ﷺ قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبيب بسعاد ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولا ينكر، وروينا أن النعمان بن بشير دخل مجلسًا فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس بن الحطيم فلما دخل النعمان سكتوه من قبل أن فيها ذكر أمه، فقال النعمان: دعوه فإنه لم يقل بأسًا إنما قال:

وعمرةُ من سَرَوَاتِ النساء تُنْفَحُ بالمسك أردانها

وكان عمران بن طلحة فى مَجلس فغناهم رجل بشعر فيه ذكر أمه فسكتوه من أجله، فقال: دعوه فإن قائل هذا الشعر كان زوجها.

فأما الشاعر فمتى كان يهجو المسلمين أو يمدح بالكذب أو يقذف مسلمًا أو مسلمة فإن شهادته ترد وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره، وقد قيل: أعظم الناس ذنبًا رجل يهاجى رجلاً فيهجو القبيلة بأسرها، وقد روينا أن أبا دلامة شهد عند قاض أظنه ابن أبى ليلى (ولعل القاضى سوار) فخاف أن يرد شهادته فقال:

إن الناس غَطُّونى تغطَّيْتُ عنهم وإن بحثوا عنى ففيهم مَباحث

فقال القاضى: ومن يبحثك يا أبا دلامة وغرم المال من عنده ولم يظهر أنه رد شهادته[(٢١)].

ينكر، وروينا أن النعمان بن بشير دخل مجلسًا فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس بن الحطيم فلما دخل النعمان سكتوه من قِبل أن فيها ذكر أمه، فقال النعمان: فلم يقل بأسًا إنما قال:

وعمرة من سروات النساء تنفح بالمسك أردانها

وكان عمر بن طلحة بمجلس فغناهم رجل بشعر فيه ذكر أمه فسكتوه فقال: دعوه فإن قائل هذا الشعر كان زوجها، فأما الشاعر فمتى كان يهجو المسلمين ويمدح بالكذب أو يقذف مسلمًا أو مسلمة، فإن شهادته ترد، وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره، وقد قيل: أعظم الناس ذنبًا رجل يهاجى رجلاً فيهجو القبيلة بأسرها، وقد روينا أن أبا دلامة شهد عند قاض فخاف أن ترد شهادته فقال:

إن الناس غطونى تغطيت عنهم وإن بحثوا عنى ففيهم مباحث

فقال القاضى: ومن يبحثك يا أبا دلامة؟ وغرم المال من عنده ولم يظهر أنه رد شهادته.

---

(٢١) القصة والبيت ذكرهما ابن قتيبة فى عيون الأخبار (١/ ٦٩) وأبو دلامة: هو زيد بن الجون، كوفى أسود كان مولى لبنى أسد وأدرك آخر أيام بنى أمية.

فصل: فى قراءة القرآن بالألحان

أما قراءته من غير تلحين فلا بأس به وإن حسن صوته فهو أفضل فإن النبى ﷺ قال: «زينوا أصواتكم بالقرآن» ورُوىَ: «زينوا القرآن بأصواتكم»[(١)] وقال: «لقد أوتى أبو موسى مزمارًا من مزامير آل داود»[(٢)].

وروى أن النبى ﷺ قال لأبى موسى: «لقد مررت بك البارحة وأنت تقرأ ولقد أوتيت مزمارًا من مزامير آل داود» فقال أبو موسى: لو أعلم أنك تسمع لحبرته لك تحبيراً[(٣)].

وروى أن عائشة ﵂ أبطأت على النبى ﷺ ليلة فقال: «أين كنت يا عائشة؟» فقالت: يا رسول الله كنت أستمع قراءة رجل فى المسجد لم أسمع أحدًا يقرأ أحسن من قراءته، فقام النبى ﷺ فاستمع قراءته ثم قال: «هذا سالم مولى أبى حذيفة، الحمد لله الذى جعل فى أمتى مثل هذا»[(٤)] وقال صالح: قلت لأبى «زينوا القرآن بأصواتكم» ما معناه؟ قال أن يحسنه، وقيل له: ما معنى «من لم يتغن بالقرآن» قال: يرفع صوته به وهكذا قال الشافعى وقال الليث: يتحزن به ويتخشع به ويتباكى به، وقال ابن عيينة وعمرو بن الحارث ووكيع، يستغنى به.

فأما القراءة بالتلحين فينظر فيه فإن لم يفرط فى التمطيط والمد وإشباع الحركات فلا بأس

فصل: فى قراءة القرآن بالألحان

أما قراءته من غير تلحين فلا بأس بها، وإن حسن صوته به فهو أفضل، فإن النبى ﷺ قال: «زينوا أصواتكم بالقرآن» وروى «زينوا القرآن بأصواتكم» وقال: «لقد أوتى أبو موسى مزمارًا من مزامير آل داود» فقال أبو موسى: لو أعلم أنك تستمع لحبرته لك تحبيراً، وروى أن عائشة أبطأت على النبى ﷺ ليلة فقال: أين كنت يا عائشة؟ فقالت: يا رسول الله كنت أسمع قراءة رجل فى المسجد لم أسمع أحدًا يقرأ أحسن من قراءته، فقام النبى ﷺ فاستمع قراءته ثم قال: «هذا سالم مولى أبى حذيفة الحمد لله الذى جعل فى أمتى مثل هذا» قال صالح: قلت لأبى: «زينوا القرآن بأصواتكم» ما معناه؟ قال: أن تحسنه، وقيل له: ما معنى «من لم يتغن بالقرآن» قال: يرفع صوته به، وهكذا قال الشافعى، وقال الليث: يتحزن به ويتخشع به ويتباكى به، وقال ابن عيينة وعمرو بن الحارث ووكيع: يستغنى به.

فأما القرآن بالتلحين فينظر به، فإن لم يفرط فى التمطيط والمد وإشباع الحركات فلا بأس به فإن النبى ﷺ قد قرأ ورجع ورفع صوته.

---

(١) تقدم فى المسألة رقم (١٣٩/ ح٣٢).
(٢) تقدم فى (ج٢/ ٤٢٤).
(٣) تقدم تخريجه فى المسألة (١٣٩/ ٣٦).
(٤) تقدم فى المسألة رقم (١٣٩/ ح٣٥).

به، فإن النبى ﷺ قد قرأ ورجع ورفع صوته، قال الراوى: لولا أن يجتمع الناس علىَّ لحكيت لكم قراءته(٥)، وقال ﷺ: «ليس منا من لم يتغن بالقرآن»(٦) وقال: «ما أذن الله لشىء كإذنه لنبى حسن الصوت يتغنى بالقرآن يجهر به»(٧) ومعنى أذن: استمع، قال الشاعر(*):

* فى سماع يأذن الشيخ له *

وقال القاضى: هو مكروه على كل حال ونحوه قول أبى عبيد وقال: معنى قوله: «ليس منا من لم يتغن بالقرآن» أى يستغنى به، قال الشاعر:

وكنت امْرءًا زمنًا بالعراق ... عفيف المُناخِ كثير التغنى

قال: ولو كان من الغناء بالصوت لكان: من لم يغن بالقرآن ليس من النبى ﷺ، وروى نحو هذا التفيسر عن ابن عيينة، وقال القاضى أحمد بن محمد البرنى: هذا قول من أدركنا من أهل العلم، وقال الوليد بن مسلم: يتغنى بالقرآن: يجهر به، وقيل: يحسن صوته به.

والصحيح أن هذا القدر من التلحين لا بأس به، لأنه لو كان مكروهًا لم يفعله النبى ﷺ ولا يصح حمله على التغنى فى حديث: «ما أذن الله لشىء كإذنه لنبى يتغنى بالقرآن» على الاستغناء، لأن معنى أذن: استمع، وإنما تستمع القراءة، ثم قال: يجهر به، والجهر صفة القراءة لا صفة الاستغناء، فأما إن أفرط فى المد والتمطيط وإشباع الحركات بحيث

وقال الراوى: لولا أن تجتمع الناس إلىَّ لحكيت لكم قراءة رسول الله ﷺ، وقال ﷺ: «ليس منا من لم يتغن بالقرآن» وقال: «ما أذن الله لشىء كإذنه لنبى حسن الصوت يتغنى بالقرآن» أى يجهر به، ومعنى أذن: استمع، قال القاضى: هو مكروه على كل حال، ونحوه قول أبى عبيد، وقال: معنى قوله «من لم يتغن بالقرآن» أى يستغنى به، قال الشاعر:

وكنت امرءًا زمنًا بالعراق ... عفيف المناخ كثير التغنى

قال، ولو كان الغناء بالصوت لكان من لم يغن بالقرآن، وروى نحو هذا التفسير عن ابن عيينة، وقال القاضى أحمدُ بنُ محمد البِرْنِىُّ: هذا قول من أدركنا من أهل العلم، وقال الوليد ابن مسلم: يتغنى بالقرآن: يجهر به، وقيل: يحسن صوته به، قال شيخنا: والصحيح أن هذا القدر من التلحين لا بأس به، لأنه لو كان مكروهًا لم يفعله النبى ﷺ، ولا يصح حمله على التغنى فى حديث «ما أذن الله لشىء كإذنه لنبى يتغنى بالقرآن» على الاستغناء، لأن معنى أذن استمع، وإنما تسمع القراءة ثم قال: يجهر، والجهر: صفة القراءة لا صفة الاستغناء، فأما

---

(٥) أخرجه البخارى فى «المغازى» (٨/ ٤٨٣٥/ فتح) ومسلم فى «صلاة المسافرين» (١/ ٥٤٧/ ٢٣٧) وأبو داود (٢/ ١٤٦٧).

(٦) تقدم فى المسألة رقم (١٣٩/ ح٣٣).

(٧) تقدم فى المسألة رقم (١٣٩/ ح٣١).

(*) البيت فى اللسان مادة (شور) ونسبه إلى الشاعر عدى زيد.

يجعل الضمـة واواً والفتحة ألفًا والكسـرة ياء كره ذلك، ومن أصحابنا من يحرمـه، لأنه يغير القرآن ويخرج الكلمات عن وضعها ويجعل الحركات حروفًا.

وقد روينا عن أبى عـبد الله أن رجلاً سـأله عن ذلك فقال له: مـا اسمك؟ قال محـمدُ، قال: أيسرك أن يقال لك يا مُوحَامَّد؟ قـال: لا، فقال: لا يعجبنى أن يتعلم الرجل الألحان إلا أن يكون حرمـه مثل حرم أبى موسى، فـقال له رجل: فيكلمون، فـقال: لا، كل ذا، واتفق العلماء على أنه تسـتحب قراءة القـرآن بالتحزين والترتـيل والتحسين، وروى بريدة قـال: قال رسول الله ﷺ: «اقرءُوا القرآن بالحزن فإنه نزل بالحزن»(٨) وقال المروذى: سمعت أبا عبد الله قال لرجل: لو قرأت، وجعل أبو عبد الله ربما تـغرغرت عينه، وقال زهير بن حرب: كنا عند يحيى القطان فجاء محمد بن سعيد الترمذى فقال له يحيى: اقرأ، فقرأ، فغشى على يحيى حتى حمل فـأدخل، وقال محمد بن صالح العـدوى: قرأت عند يحيى بن سعيد فـغشى عليه حتى فاته خمس صلوات.

إذا أسرف فى المد والتمطيط وإشباع الحركات بحيـث يجعل الضمة واوًا والفتحة ألفًا والكسرة ياء كره ذلك، ومن أصحـابنا من قال: يحرم، لأنه يغيـر القرآن ويخرج الكلمات عن وضـعها ويجعل الحـركات حـروفًا، وقد روينا عن أبى عـبد الله أن رجلاً سـأله عن ذلك فقـال له ما اسمك؟ قال: محمد، قال: أيسرك أن يقـال لك: يا موحامد؟ قال: لا، قال: ولا يعجبنى أن يتعلم الرجل الألحان إلا أن يكون حـرمه مثل حرم أبى موسى قال له رجل: فـيكلمون، قال: لا كل ذا، واتفق أهل العلم على أنه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين، وروى بريدة قال: قـال رسول الله ﷺ «اقـرءوا القرآن بالحزن فـإنه نزل بالحزن» وقـال المروذى: سمعت أبا عبد الله قال لرجل: لو قرأت وجعل أبو عـبد الله ربما تغرغرت عينه وقال زُهَيْرُ بنُ حَرب: كنا عند يحـيى القطان فجاء محمـدُ بن سعيد فقـال له يحيى: اقرأ، فقـرأ فغشى على يحيى حتى حمل وأدخل، وقال محمد بن صـالح العدوى: قرأت عند يحيى بن سعيد القطان فغشى عليه حتى فاته خمس صلوات.

---

(٨) أخرجه أبو نعـيم فى الحلية (٦/ ١٩٦) من حديث بريدة، وذكره ابن حجـر فى «المطالب العالية» «كنز العـمال» (١/ ٢٧٧٧) والهـيثـمى فى «المجـمع» (٧/ ١٦٩) وقال: رواه الطبـرانى فى الأوسط وفـيه إسماعيل بن سيف وهو ضعيف.

فـصل: ولا تقبل شهادة الطفيلى، وهو الذى يأتى طعام الناس من غير دعوة، وبهذا قال الشافعى ولا نعلم فيه مـخالفًا، وذلك لأنه يروى عن النبى ﷺ أنه قال: «من أتى إلى طعام لم يدع إليه دخل سارقًا وخرج مغيرًا»(٩) ولأنه يأكل محرمًا ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة فإن لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته، لأنه من الصغائر.

فـصل: ومن سأل من غير أن تحل له المسألة فأكثر ردت شهادته، لأنه فعل محرمًا وأكل سحتًا وأتى دناءة، وقد روى قبيصة قال: قال رسول الله ﷺ : «إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قوامًا من عيش ـ أو ـ سدادًا من عيش، ورجل أصابتـه فاقة حتى يشهد ثلاثة من ذوى الحجى من قـومه لقد أصابت فلانًا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قوامًا من عيش ـ أو ـ سدادًا من عيش، ورجل تحمل حمالة فحلت له حتى يصيبها ثم يمسك، فما سوى ذلك من المسألة فهو سحت يأكله صاحبه سحتًا يوم القيامة»(١٠) رواه مسلم.

وأما السائل ممن تبـاح له المسألة فلا ترد شهادته بذلك إلا أن يكون أكثـر عمره سائلاً أو يكثر ذلك منه فينبـغى أن ترد شهادته، لأن ذلك دناءة وسقوط مروءة، ومن أخـذ من الصدقة ممن يجوز له الأخذ من غير مسألة لم ترد شهادته، لأنه فعل جائز لا دناءة فيه، وإن أخذ منها ما لا يجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته، لأنه مصر على الحرام.

فـصل: ولا تقبل شهادة الطفيلى، وهو الذى يأتى طعام الناس من غير دعوة، وبهذا قال الشافعى، ولا نعلم فيه مخالفًا، وذلك لأنه يروى عن النبى ﷺ أنه قال: «من أتى طعامًا لم يدع إليه دخل سارقًا وخرج معيرًا» ولأنه يأكل محرمًا ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة، فإن لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته، لأنه من الصغائر.

ومن سأل من غير أن تحل له المسـألة فأكثر ردت شهادته، لأنه فعل محرمًـا وأكل سحتًا وأتى دناءة، وقـد روى قبيـصة قـال: قال رسـول الله ﷺ : «إن المسألة لا تـحل إلا لأحد ثلاثة: رجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فـحلت له المسألة حتى يصيب قوامًا من عيش ـ أو قال: ـ سدادًا من عيش، ورجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك».

فأما الـسائل ممن تباح له المـسألة فلا ترد شهـادته بذلك إلا أن يكون أكثر عمـره سائلاً فينبـغى أن ترد شهـادته، لأن ذلك دناءة وسقـوط مروءة، فإن أخـذ من الصدقـة من يجوز له الأخذ من غير مسألة لم ترد شهادته، لأنه فعل جائز لا دناءة فيه، وإن أخذ منها ما لا يجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته، لأنه مُصِرّ على الحرام.

---

(٩) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٧٤١) وقال أبو داود: أبان بن طارق مجهول، والبيهقى فى «السنن» (٧/ ٢٦٥) وإسناده ضعيف، وانظر الإرواء (١٩٥٤).

(١٠) تقدم فى المسألة رقم (٤٣٠/ ح١٢٠).

فصل: ومن فعل شيئًا من الفروع مختلفًا فيه معتقدًا إباحته لم ترد شهادته ، كالمتزوج بغير ولى أو بغير شهود وآكل متروك التسمية وشارب يسير النبيذ، نص عليه أحمد فى شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته، وبهذا قال الشافعى، قال مالك: ترد شهادته، لأنه فعل ما يعتقد الحاكم تحريمه، فأشبه المتفق على تحريمه.

ولنا: أن الصحابة ﷺ كانوا يختلفون فى الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه، ولأنه نوع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذى يوافقه عليه الحاكم، وإن فعل ذلك معتقدًا تحريمه ردت شهادة به إذا تكرر، وقال أصحاب الشافعى، لا ترد شهادته به، لأنه فعل لا ترد به شهادته بعض الناس فلا ترد به شهادة البعض الآخر كالمتفق على حله.

ولنا: أنه فعل يحرم على فاعله ويأثم به فأشبه المجمع على تحريمه، وبهذا فارق معتقد حله، وقد روى عن أحمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته، وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور، فأما من يعتقد أنه على التراخى ويتركه بنية فعله فلا ترد شهادته كسائر ما ذكرنا، ويحتمل أن ترد شهادته مطلقًا لقول النبى ﷺ: «من قدر على الحج فلم يحج فليمت إن شاء يهوديًا أو نصرانيًا»(١١) وقال عمر: لقد هممت أن أنظر فى الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية، ثم قال: ما هم بمسلمين، ما هم بمسلمين.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **(ومتى زالت الموانع منهم فبلغ الصبى وعقل المجنون وأسلم الكافر وتاب الفاسق قبلت شهادتهم بمجرد ذلك)** .

لأن المقتضى لقبول الشهادة موجود وإنما ردت لوجود المانع، فإذا زال المانع عمل المقتضى عمله كما لو يوجد المانع، وتقبل توبة الفاسق، لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿**وَهُوَ الَّذِى يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ**﴾ (الشورى: ٢٥) وقوله سبحانه: ﴿**وَمَن يَعْمَلْ سُوءًا أَوْ يَظْلِمْ نَفْسَهُ ثُمَّ يَسْتَغْفِرِ اللَّهَ يَجِدِ اللَّهَ غَفُورًا رَّحِيمًا**﴾ (النساء: ١١٠) وقال النبى ﷺ: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» وقال عمر ﷺ: بقية عمر المرء لا قيمة له يدرك فيه ما فات ويحيى فيه ما أمات ويبدل الله سيآته حسنات، والتوبة على ضربين: باطنة وحكمية، فالباطنة فيما بينه وبين الله تعالى، فإن كانت المعصية لا توجب حقًا عليه فى الحكم كقبلة الأجنبية والخلوة بها وشرب المسكر والكذب فالتوبة منها الندم والعزم على أن لا يعود، فقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «الندم توبة» وقيل: التوبة النصوح تجمع أربعة أشياء: الندم بالقلب، والاستغفار باللسان، وإضمار أن لا يعود، وبمجانبة خلطاء السوء، وإن كانت توجب حقًا عليه لله تعالى أو لآدمى كمنع الزكاة والغصب فالتوبة منها بما ذكرنا وترك المظلمة حسب إمكانه بأن يؤدى الزكاة ويرد المغصوب أو بدله، وإن عجز عن ذلك نوى رده متى قدر عليه فإن كان عليه فيها

---

(١١) يخرج فى المسألة رقم (٥٤١/ ح٤٠).

١٨٩١- **مسألة:** قال: **(وتجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب فى الوصية فى السفر إذا لم يكن غيرهم).**

وجملـته: أنه إذا شهد بوصية المسافـر الذى مات فى سفره شاهدان من أهل الذمة قبلت شهادتهـما إذا لم يوجد غيرهما ويـستحلفان بعد العصـر ما خانا ولا كتمـا ولا اشتريا به ثمنًا قليلاً: ﴿ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الْآثِمِينَ ﴾ (المائدة: ١٠٦).

قال ابن المنذر: وبهذا قـال أكابر الماضين يعنى الآية التى فى سورة المـائدة، وممن قاله شـريح والنخعى والأوزاعى ويحـيى بن حمـزة(*)، وقـضى بذلك ابن مسـعود وأبو مـوسى رضي الله عنهما(١٢).

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى: لا تقبـل، لأن من لا تقبل شهادته على غير الوصية لا تقبل فى الوصيـة كالفاسق، ولأن الفاسق لا تقـبل شهادته فالكافر أولى، واخـتلفوا فى تأويل الآية فمنهم من حملها على التحمل دون الأداء ومنهم من قال: المراد بقوله: ﴿ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾ (المائدة: ١٠٦) أى من غير عشيرتكم، ومنهم من قال: الشهادة فى الآية اليمين.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ ﴾ (المـائدة: ١٠٦) الآية، وهذا نص الكتاب وقد قضى به رسول الله وأصـحابه، فروى ابن عباس

حق فى البدن وكان حقًا لآدمى كالقصاص وحد القـذف فالمشترط فى التوبة التمكين من نفسه ببذلها للمستـحق، وإن كان حقًا لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمـر فتوبته بالندم والعزم على ترك العود، ولا يشترط الإقرار به فإن كان ذلك لا يشتهر عنه فالأولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى، لأن النبى ﷺ قـال: «من أتى شيئًا من هذه القـاذورات فليستتـر بستر الله، فإن من أبدى لنا صفحـته أقمنا عليه الحد» فإن الغامدية حـين أقرت بالزنا لم ينكر عليها النبى ﷺ ذلك، وإن كانت معصـيته مشهورة فذكر القاضى أن الأولى به الإقـرار ليقام عليه الحد، لأنه إذا كان مشهورًا فلا فائدة فى ترك إقامة الحد عليه.

قال شيخنا: والصحيح أن ترك الإقرار أولى، لأن النبى ﷺ عرض للمقر عنده بالرجوع عن الإقرار فعرض لماعز، وللمقر عنده بالسـرقة بالرجوع مع اشتهاره عنه بإقراره وكره الإقرار حتى قيل إنه لما قطع السارق كأنما أسف وجهه رمادًا، ولم يرد الأمر بالإقرار ولا الحث عليه فى كتـاب ولا سنة، ولا يصح له قياس، إنما ورد الشـرع بالستر والاستـتار والتعريض للـمقر

(*) يحيى بن حـمزة بن واقد، قاضى دمـشق، ثقة، كثيـر الحديث، توفى سنة ثلاث وثمانين ومائـة، سير أعلام (٨/ ٣١٤، ٣١٥).

(١٢) أخرجـه البيـهقى فى «السنن» (١٠/ ١٦٦) وعـبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٣٦٠) وابـن جرير فى «تفسيره» (٧/ ١٠٥).

قال: خرج رجل من بنى سهم مع تميم الدارى وعـدى بن زيد فمات السهمى بأرض ليس بها مسلم فلما قدما بتركته فقدوا جام فضـة مخوصًا بالذهب فأحلفهما رسول الله ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا: اشـتريناه من تميم وعدى، فقام رجـلان من أولياء السهمى فحلفـا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهـما وإن الجام لصاحبـهم، فنزلت فيهم: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ ﴾ (المائدة: ١٠٦) الآية(١٣).

وعن الشعبى «أن رجلاً من المسلمين حضرته الـوفاة بدقوقا ولم يجد أحدًا من المسلمين يشهده على وصيته فـأشهد رجلين من أهل الكتاب فقدما الكوفة فأتيا الأشعـرى فأخبراه وقدما بتركـته ووصيـته فـقال الأشعـرى هذا أمر لم يكن بعد الـذى كان فى عهـد رسول الله ﷺ فأحلفهما بعد الـعصر ما خانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا أنهـا لوصية الرجل وتركته فأمضى شهادتهما(١٤)، رواهما أبو داود فى سننه.

وروى الخلالُ حديث أبى مـوسى بإسناده وحَمْل الآية على أنه أراد من غير عـشيرتكم لا يصح، لأن الآية نزلت فى قضـية عدى وتميم بلا خلاف بين المـفسرين وقد فسـرها بما قلنا سعيد بـن المسيب والحسن وابن سيرين وعـبيدة وسعيد بن جـبير والشعبى وسليمـان التيمى وغيرهم، ودلـت عليه الأحاديث التى رويناها، ولأنه لو صح ما ذكـروه لم تجب الأيمان لأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم وحـملها على التحمل لا يصح، لأنه أمر بإحلافهم،

بالرجوع عن الإقـرار، وقال لهزال وهو الذى أمر مـاعزًا بالإقرار: «يا هزال لو سـترت بثوبك لكان خيرًا لك» وقال أصـحاب الشافعى: توبة هذا إقراره ليقام عليه الحـد وليس بصحيح لما ذكرنا، ولأن التوبة توجد حقيقتها بدون الإقرار وهى تَجُبُّ ما قبلها كما ورد فى الأخبار مع ما دلت عليه الآيـات فى مغفـرة الذنوب بالاستغـفار وترك الإصـرار، وأما البدعـة فالتـوبة منها بالاعتراف بها واعتقاد ضد ما كان يعتقده منها.

35- مسألة: (ولا يعتبر إصلاح العمل وعنه يعتبر فى التائب إصلاح العمل سنة) .

ظاهر كلام أحمد والخـرقى أنه لا يعتبر فى ثبوت أحكام التوبة من قبول الـشهادة وصحة الولاية فى النكاح إصلاح العمل، وهو أحـد القولين للشافعى وفى القول الآخر يعـتبر إصلاح العمل إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا فلم يكمل عدد الشهود، فإنه يكفى مجرد التوبة من غير اعتبار إصـلاح، وما عداه فلا تكفى التوبة حتى تمضى علـيه سنة تظهر فيها توبته ويبـين فيها صلاحه، وهذا رواية عن أحمد حكاها أبو الخطاب، لأن الله تعالى قال: ﴿ إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ

---

(١٣) أخـرجه أبو داود فى «الأقـضـية» (٣/ ح٣٦٠٦) والتـرمذى فى «التـفـسيـر» (٥/ ح٣٠٥٩) وإسناده صحيح.

(١٤) أخرجه أبو داود فى «الأقضـية» (٣/ ح٣٦٠٥) وقال الشيخ الألبانى: صحـيح الإسناد إن كان الشعبى سمعه من أبى موسى، **دقوقا**: مدينة بين إربل وبغداد «معجم البلدان» (٢/ ٥٨١).

ولا أيمان فى التحـمل، وحملها على اليمـين لا يصح، لقوله: ﴿فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ﴾ (المـائدة: ١٠٦) الآيةَ، ولأنه عطفـها على ذوى العدل من المؤمنين وهما شاهدان.

وروى أبو عبـيد فى الناسخ والمنسوخ أن ابن مسـعود قضى بذلك فى زمن عـثمان(١٥)، قال أحمد: أهل المدينة ليس عندهم حديث أبى موسى من أين يعرفونه؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضـاء رسول الله ﷺ وقضاء الصحابة به وعمـلهم بما ثبت فى الكتاب والسنة فتعين المصير إليه، والعمل به سواء وافق القياس أو خالفه.

١٨٩٢- مسألة: قال: **(ولا تجوز شهادتهم فى غير ذلك)**.

مذهب أبى عبد الله أن شهادة أهل الكتاب لا تقـبل فى شىء على مسلم ولا كافر غير ما ذكـرنا عنه نحو من عـشرين نفـسًا، ومـمن قال لا تقـبل شـهادتهم: الحـسن وابن أبى ليلى والأوزاعى ومالك والشافعى وأبو ثور، ونقل حنبل عن أحمد أن شهادة بعضهم على بعض لم تقبل وخطأه الخلال فى نقله هذا، وكذلك صاحـبه أبو بكر قال: هذا غلط لا شك فيه، وقال ابن حامد: بل المسـألة على الروايتين، وقال أبو حفص البرمكى: تقبل شهـادة السبى بعضهم لبعض فى النسب إذا ادّعى أحدهم أن الآخـر أخوه، والمذهب الأول، والظاهر غلط من روى خلاف ذلك، وذهبت طائفة من أهل العلم إلى أن شهادة بعـضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا

بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا﴾ (النـور: ٢٥) وهذا نص فإنه نهى عن قبول شهـادتهم ثم استثنى التائب المصلح، ولأن عمر ؓ لما ضرب صبيغًا أمـر بهجرانه حتى بلغته توبته فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة.

ولنا قولـه ﷺ: «التوبة تجب مـا قبلها» وقـوله: «التائب من الذنب كـمن لا ذنب له» ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة فكذلك الأحكام ولأن التوبة من الشرك بالإسلام ولا يحتاج إلى اعتبار مـا بعده وهو أعظم الذنوب فما دونه أولى، وأما الآية فيـحتمل أن يكون الإصلاح من التـوبة وعطفه عـليهـا لاختـلاف اللفظين، ودليل ذلك قـول عـمر لأبى بكرة: تُبْ أقبل شهادتك ولم يعتبر أمر آخر، ولأن من كان غـاصبًا فرد ما فى يديه أو مانعًا للزكاة فأداها وتاب إلى الله عز وجل قد حـصل منه الإصلاح وعلم نزوله عن معـصيته نادمًا عليـه فإنه لو لم ترد التوبة لمـا أدى ما فى يديه، ولأن تقـديره بسنة تحكم لم يرد به الشرع، والتـقدير إنمـا يثبت بالتوقيف، وما ورد من عمر فى حق صبـيغ إنما كان، لأنه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران فيـحتمل أنه أظهر التوبة تسترًا بخلاف مسـألتنا، وقد ذكر القاضى أن التائب من البدعـة يعتبـر له سنة لحديث صـبيغ، رواه أحمـد فى الورع، قال: ومن علامـة توبته أن يجتنب من كان يواليه من أهل البدع ويوالى من كان يعاديه من أهل السنة، والصحيح أن التوبة

---

(١٥) انظر «الناسخ والمنسوخ» لأبى بكر بن العربى (ج٢/ ٢٠٧).

فمنهم من قال: الكـفر كله ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودى على النصـرانى والنصرانى على اليهودى، هذا قـول حماد وسَوَّار والثورى والبَـتِّى وأبى حنيفة وأصحـابه، وعن قتادة والحكم وأبى عبـيد وإسحـاق تقبل شـهادة كل ملة بعـضها على بعض ولا تقـبل شهـادة يهودى على نصرانى ولا نصرانى على يهودى، وروى عن الزهرى والشعبى كقولنا وكقولهم، واحتجوا بما روى عن جابر أن النبى ﷺ أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض، رواه ابن ماجه(١٦) ولأن بعضهم يلى على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين.

ولنا: قـول الله تعـالى: ﴿وَأَشْـهِـدُوا ذَوَيْ عَـدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (الـطـلاق: ٢) وقـال تعـالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ (البقرة: ٢٨٢) والكافر ليس بذى عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولا ممن نرضاه، ولأنه لا تقبل شهادته على غير أهل دينه فلا تقبل على أهل دينه كالحربى، والخبر يرويه مجالد وهو ضعيف وإن ثبت فيحتـمل أنه أراد اليمين فإنها تسمى شهـادة، قال الله تعالى فى اللعان: ﴿فَشَـهَـادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (النـور: ٦) وأما الولاية فمتعلقـها القرابة والشفقة وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين وجازت لموضع الحاجة، فإن غير أهل دينهم لا يلى عليهم والحـاكم يتعذر عليه ذلك لكثـرتهم بخلاف الشهادة فـإنها ممكنة من المسلـمين، وقد روى عن معاذ أن النبى ﷺ كان لا يقبل شـهادة أهل دين إلا المسلمين(١٧) فإنهـم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم.

من البدعة كغيرها إلا أن تكـون التوبة تفعل بسبب الإكراه كتوبة صبيغ فيـعتبر له مدة يظهر أن توبته عن إخلاص لا عن إكـراه وللحاكم أن يقول للمتظاهر بالـمعصية: تب أقـبل شهادتك، وقال مالك: لا أعرف هذا، قال الشافعى: وكـيف لا يعرفه وقد أمر النبى ﷺ بالتوبة وقاله عمر لأبى بكرة؟

36- مسألة: (ولا تقبل شهادة القاذف حتى يتوب).

وجملة ذلك أن القاذف إذا كان زوجًا فحقق قذفه ببينة أو لعان أو كان أجنبيًا فحققه بالبينة أو بإقرار المقذوف لم يتعلق بقذفه فـسق ولا حد ولا رد شهادة، وإن لم يحقق قذفه بشىء من ذلك تعلق به وجوب الحد عليه والحكم بفسـقه ورد شهادته، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُـونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (النور: ٤) فإن تاب لم يسقط عنه الحد وزال الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا، روى ذلك عن عـمر وأبى الدرداء وابن عبـاس، وبه قال عَطاءُ وطَاوسُ ومُـجـاهدُ والشَّعْـبىُّ

---

(١٦) أخرجه ابن ماجه فى «الأحكام» (٢/ ٢٣٧٤) وفى «الزوائد» فى إسناده مجالد بن سعيد وهو ضعيف.

(١٧) أخرجه البيهـقى فى «السنن» (١٠/ ١٦٣) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٣٥٦، ٣٥٧) وفى إسناده عمر بن راشد وهو ضعيف كما قال الحافظ فى «التقريب».

١٨٩٣- مسألة: قال: (ولا تقبل شهادة خصم ولا جار إلى نفسه ولا دافع عنها) .

أما الخصم فهو نوعان: أحدهما: كل من خاصم فى حق لا تقبل شهادته فيه كالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ولا الوصى فيما هو وصى فيه ولا الشريك فيما هو شريك فيه، ولا المضـارب بمال أو حق للمـضاربة، ولو غصب الوديعـة من المودع وطالب بهـا لم تقبل شهادته فيها، وكذلك ما أشبـه هذا، لأنه خصم فيه فلم تقبل شهادته به كالمالك، **والثـانى:** العدو فشـهادته غير مقبـولة على عدوه فى قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن ربيـعة والثورى وإسحاق ومالك والشافعى، ويريد بالعداوة هٰهنا العداوة الدنيوية مثل أن يشهد المقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع والمقتول وليه على القاتل والمجروح على الجارح والزوج يشهـد على امرأته بالزنا فلا تقبل شـهادته، لأنه يقر على نفـسه بعداوته لها لإفـسادها فراشه.

فأما العـداوة فى الدين كالمسلم يشـهد على الكافر أو المحق من أهل السنة يشـهد على مبـتدع فلا ترد شـهادته لأن العدالة بالـدين والدين يمنعه من ارتكاب محـظور دينه، وقال أبو حنيفة: لا تمنع العداوة الشهادة، لأنها لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصداقة.

ولنا: ما روى عمـرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قـال رسول الله ﷺ «لا تجوز

والزُّهْرِىُّ وعبدُ الله بنُ عُتْبَةَ وجَعفـرُ بنُ أبى ثابِتٍ وأبى الزِّنادِ ومالك والشَّافعىُّ والبَتِّىُّ وإسْحَاقُ وأبو عُبَيْدٍ وابن المنذر وذكـره ابنُ عبدِ البَرِّ عن يَحيى بنِ سعيدٍ ورَبِيـعةَ، وقال شُرَيحٌ والحَسَنُ والنَّخعىُّ وسعيدُ بنُ جُبَيْـرٍ والثَّوْرىُّ وأَصحاب الرأى: لا تقبل شَهادته إذا جلد وإن تاب، وعند أبى حنيفة لا ترد شهادته قبل الجلد وإن لم يتب والخلاف معه فى فصلين:

أحدهـما: أنه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه وعند أبى حنيفة ومالك لا تسقط إلا بالجـلد، **والثـانى:** أنه إن تاب قبلت شهادته وإن جلد، وعنـد أبى حنيفة لا تقبل، وتعلق لقول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ﴾ (النور: ٤) وبما روى ابن ماجه بإسناده عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسـول الله ﷺ: «لا تجوز شهادة خائن ولا محدود فى الإسلام» واحتج فى الفصل الآخر بأن القذف قبل حصول الجلد يجوز أن تقوم به البينة فلا يجب به التفسيق.

ولنا فى الفصل الثانى إجـماع الصحابة ﷺ فإنه روى عن عمـر ﷺ أنه كان يقول لأبى بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة: تب أقبل شهادتك ولم ينكر ذلك منكر فكان إجماعًا، قال سعيد بن المسيب: شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة رجال أبو بكرة وشبل بن معبد ونافع ابن الحارث ونكل زياد فجلد عمـر الثلاثة وقال لهم عمر: توبوا تقبل شهـادتكم فتاب رجلان وقبل عمر شهـادتهما وأَبَى أبو بكرة فلم يقبل شهادته، وكان قد عـاد مثل النصل من العبادة، ولأنه تاب من ذنبه فقبلت شهادته كالتائب من الزنا يحققه إن الزنا أعظم من القذف به وكذلك

شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه»[(١٨)] رواه أبو داود، الغمر: الحقد، ولأن العداوة تورث التهمة فتمنع الشهـادة كالقرابة القريبة، وتخالف الصداقة، فإن فى شهادة الصديق لـصديقه بالزور نفع غيره بمضـرة نفسه وبيع آخرته بدنيا غيـره، وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفى من عدوه فافترقا، **فإن قيل:** فلم قبلتم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة؟ **قلنا:** العداوة هـهنا دينية والدين لا يقتضى شهادة الزور، ولا أن يترك دينه بموجب دينه.

فـصل: فإن شهد على رجل بحق فقذفه المشهود عليه لم ترد شهادته بذلك، لأننـا لو أبطلنا شهادته بهذا لتـمكن كل مشهود عليه من إبطال شهادة الشاهد بأن يـقذفه، ويفارق ما لو طرأ الفسـق بعد أداء الشهـادة وقبل الحكم، فـإن رد الشهـادة فيه لا يفـضى إلى ذلك بل إلى عكسه، ولأن طريان الفسق يورث تهمة فى حال أداء الشـهادة، لأن العادة إسراره فظهوره بعد أداء الشهادة يدل علـى أنه كان يسره حالة أدائها، وهـهنا حصلت العداوة بأمـر لا تهمة على الشاهد فيه، وأما المحاكمة فى الأموال فليست بعداوة تمنع الشهادة فى غير ما حاكم فيه.

وأما قوله: ولا جار إلى نفسه، فإن الجار إلى نفسه هو الذى ينتفع بشهادته ويجر إليه بها نفعًـا كشـهادة الغرمـاء للمفلس بدين أو عـين وشهادتهـم للميت بدين أو مال، فـإنه لو ثبت

قتل النفس التى حـرم الله وسائر الذنوب إذا تاب فاعلها قـبلت شهادته فهـذا أولى، وأما الآية فهى حجة لنا، لأنه استثنى التائبين بقوله تعالى: ﴿إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا﴾ (النـور: ٥) والاستـثناء من النفى إثبات فيكون تقديره ﴿إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا﴾ (النور: ٥) فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفَاسقين، فإن قالوا: إنما يعود الاستثناء إلى الجـملة التى تليه بدليل أنه لا يعودُ إلى الجلد قلنا: بل يعد إليه أيضًا، لأن هذه الجـمل معطوف بعـضها على بعض بالواو وهى للجـمع تجعل الجـمل كلها كالجملة الـواحدة فيعود الاسـتثناء إلى جميـعها إلا ما منع، ولهذا لمـا قال النبى ﷺ: «لا يؤمنَّ الرجل الرجل فى بيـته ولا يجلس على تـكرمته إلا بإذنـه» عاد الاستـثناء إلى جملـتين جميعًا، ولأن الاستثناء يغاير ما قبله فـعاد الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كالشرط فإنه لـو قال: امرأته طالـق وعبده حـر إن لم يقم عاد الشـرط إليهـما كـذا الاستثنـاء بل عود الاستـثناء إلى الشهـادة أولى، لأن رد الشهادة هو المـأمور به فيكون الحـكم والتفسـيق خرج مخـرج الخبر والتـعليل لرد الشهادة فـعود الاستـثناء إلى الحكم المقـصود أولى من رده إلى التعليل، وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج بن أرطاة وهو ضـعيف، قال ابن عبد البر: لم يرفعه فى روايته حجـة، وقد روى من غير طريقـه ولم يذكر فيه هذه الزيادة فـدل ذلك على أنها من غلطه ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود فى غيـر المقذوف بعد ثبوته ثم لو قدر صحته فالمراد به من لم يتب بدليل كل محدود تاب سوى هذا.

(١٨) تقدم برقم (٢٥) مسألة رقم (١٨٩٠).

للمفلس أو الميت دين أو مال تعلـقت حقوقهم به، ويفارق ما لو شهد الغـرماء لحى لا حجر عليه بمال فإن شهادتهم تقبل لأن حقهم لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته.

فإن قـيل: إذا كان معسراً سقطت عنه المطالبة فإذا شـهدا له بمال ملكا مطالبته فجروا إلى أنفسهـم نفعًا، **قلـنا**: لم تثبت المطالبة بشهادتهم إنما تثبت بيساره وإقراره لدعواه الحق الذى شهدوا به، ولا تقبل شهادة الوارث للموروث بالجرح قبل الاندمال، لأنه قد يسرى الجرح إلى نفسه فتجب الدية لهم بشهادتهم ولا شهادة الشفيع ببـيع شقص له فيه الشفعة ولا شهادة السيد لعبده المأذون له فى التجارة ولا لمكاتبه، قال القـاضى: ولا تقبل شهادة الأجير لمن استأجره وقال: نص عليه أحمد.

فإن قيل: فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه مع أنه إذا مات ورثه فقد جر إلى نفسه بشهادته نفعًا؟ **قلنا**: لا حق له فى ماله حين الشهادة وإنما يحتمل أن يتجدد له حق، وهذا لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهد لامرأة يحتمل أن يتزوجها أو لغريم له بمال يحتمل أن يوفيه منه أو يفلس فيتعلق حقه به، وإنما المانع ما يحصل للشاهد به نفع حال الشهادة.

فإن قيل: فقد منعتم قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز أن يتجدد له حق،

وأما الفصل الأول فدليلنا فيه الآية، فـإنه رتب على رمى المحصنات ثلاثة أشياء: إيجاب الجلد، ورد الشـهادة، والفـسق، فيـجب أن يثبت رد الشـهادة بوجـود الرمى الذى لم يمكنه تحقيقه كالجلد، ولأن الرمى هو المعصية والذنب الـذى يستحق به العقوبة وتثبت به المعصية الموجبة رد الشهادة، والحد كفارة وتـطهير، فلا يجوز تعليق رد الشهادة به، وإنما الجلد ورد الشهـادة حكمان للقذف فيـثبتـان جميعًـا به وتخلف استيـفاء أحدهما لا يمنع ثبـوت الآخر، وقولـهم: إنما يتـحقق بالجلد، لا يصح، لأن الجلد حـكم القذف الذى تعـذر تحقـيقـه فلا يستوفى قبل تحقق القذف، وكيف يجوز أن يستوفى حد قبل تحـقق سببه ويصير متحققًا بعده هذا باطل.

فـصل: والقاذف فى الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب، والشاهد بالزنا إذا لم تكمل البينة تقبل روايته دون شهادته، وحكى عن الشافعى أن شهادته لا ترد.

ولنا أن عمر لم يقـبل شهادة أبى بكرة وقال له: تب أقـبل شهادتك، وروايته مـقبولة ولا نعلم خلافًا فى قبول رواية أبى بكرة مع رد عمر شهادته.

37- مـسـألة: (وتوبته أن يكذب نفسه، وقيل: إن علم صدق نفـسه فتوبته أن يقول: قد ندمت على ما قلت ولا أعود إلى مثله، وأنا تائب إلى الله تعالى منه).

ظاهر كلام أحمد والخـرقى أن توبة القاذف إكذابه نفسه فيقول: كـذبت فيما قلت، وهذا منصوص الشافعى واختيار الإصطخرى من أصحـابه، قال ابن عبد البر: وممن قال هذا سعيد ابن المُسَيَّب وَطاوسُ وَعطاءُ والشَّعْبِيُّ وإسحـاق وأبو ثور وأبو عُبَيْدة لما روى عن الزُّهْرِيِّ عن سعيد بن المسيب عن عـمر عن النبى ﷺ أنه قال فى قول الله تعالى: ﴿**إلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ**

وإن لم يكن له حق فى الحال، فإن قلتم: قد انعقد سبب حقه، **قلنا:** يبطل بالشاهد لموروثه المريض بحق، فإن شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه بدليل أن عطيته له لا تنفذ وعطيته لغيره تقف على الخروج من الثلث، قلنا: إنما منعنا الشهادة لموروثه بالجرح لأنه ربما أفضى إلى الموت فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء فيكون شاهدًا لنفسه موجبًا له بها حقًا ابتداء بخلاف الشاهد للمريض أو المجروح بمال، فإنه إنما يجب للشهود له ثم يجوز أن ينتقل، ويجوز أن لا ينتقل فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغريمه.

فإن قيل: فقد أجزتم شهادة الغريم لغريمه بالجرح قبل الاندمال كما أجزتم شهادته له بماله، **قلنا:** إنما أجزناها لأن الدية لا تجب للشاهد ابتداء إنما تجب للقتيل أو لورثته ثم يستوفى الغريم منها فأشبهت الشهادة بالمال.

وأما الدافع عن نفسه فمثل أن يشهد المشهود عليه بجرح الشهود أو تشهد عاقلة القاتل خطأ بجرح الشهود الذين شهدوا به لما فيه من دفع الدية عن أنفسهم، فإن كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما، لأنهما لا يحملان شيئًا من الدية، واحتمل أن لا تقبل لأنه يخاف أن يوسرا قبل الحول فيحملا، وكذلك الخلاف فى البعيد الذى لا يحمل لبعده فإنه لا يأمن أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل، ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون بقضاء الحق أو الإبراء منه ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر بإسقاط شفعته، لأنه يوفر الحق على نفسه، ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعضهم بإسقاط دينه أو استيفائه، ولا

بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (النور: ٥) قال: توبته إكذاب نفسه، ولأن عرض المقذوف يلوث بقذفه فإكذابه نفسه يزيل ذلك التلويث فتكون التوبة، وذكر القاضى أن القذف إن كان سبًا فالتوبة منه إكذاب نفسه، وإن كان شهادة فالتوبة منه أن يقول: القذف حرام باطل ولن أعود إلى ما قلت، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى قال: وهو المذهب، لأنه قد يكون صادقًا فلا يؤمر بالكذب، والخبر محمول على الإقرار بالبطلان لأنه نوع إكذاب، قال شيخنا: والأولى أنه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والإقرار ببطلان ما قاله وتحريمه، فإنه لا يعود إلى مثله وإن لم يعلم صدق نفسه فتوبته إكذاب نفسه سواء كان القذف بشهادة أو سب، لأنه قد يكون كاذبًا فى الشهادة صادقًا في السب، وجه الأول أن الله تعالى سمى القاذف كاذبًا على الإطلاق بقوله سبحانه: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾ (النور: ١٣) فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى أنه كاذب فى حكم الله تعالى، وإن كان فى نفس الأمر صادقًا.

فصل: ولا يشترط فى الشهادة الحرية، بل تجوز شهادة العبد فى كل شىء إلا فى الحدود والقصاص على إحدى الروايتين، وتجوز شهادة الأمة فيما تجوز فيه شهادة النساء.

الكلام فى هذه المسألة فى ثلاثة فصول: **أحدها:** فى قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص والمذهب أنها مقبولة، روى ذلك عن على وأنس ﷺ، قال أنس: ما علمت أن

بعض من أوصى له بمال على آخر بما يبطل وصـيته إذا كانت وصيته تحصل بها مـزاحمته إما لضيق الثلث عنهما أو لكون الوصيتين بمعين فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه، لأن الشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من نفع نفسه ودفع الضرر عنها فيكون شاهدًا لنفسه.

وقـد قـال الزهرى: مضـت السنة فى الإسـلام أن لا تجوز شـهـادة خـصم ولا ظنين، والظنين: المـتهم، وروى طلحـة بن عبد الله بن عـوف قال: قـضى رسول الله ﷺ أن لا شـهادة لخـصم ولا ظنين(١٩)، وممن رد شهـادة الشريك لشريكه شريح والنـخعى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، ولا نعلم فيه مخالفًا.

فـصل: وإن شهد الشريك لشريكه في غير ما هو شريك فيه أو الوكيل لموكله فى غير ما هو وكيل فيه أو العـدو لعدوه أو الوارث لموروثه بمال أو بالجرح بعد الاندمـال أو شهد أحد الشفيعين بعد أن أسقط شـفعته على الآخر بإسقاط شفعته أو أحد الوصيـيـن بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصـيته أو كانت إحدى الوصيتين لا تزاحم الأخـرى ونحو ذلك مما لا تهمـة فيه قبلت، لأن المـقتضى لقبـول الشهادة متـحقق والمانع منتف فـوجب قبولها عـملاً بالمقتضى.

١٨٩٤- مسألة: قال: **(ولا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط والغفلة)**.

وجملـته: أنه يعتبر فى الشاهد أن يكون موثوقًا بقوله لتحصل غلبة الظن بصدقه، ولذلك اعتبـرنا العدالة، ومن يكثر غلطه وتغفله لا يـوثق بقوله لاحتمال أن يكون من غلـطاته، فربما

أحدًا رد شهادة الـعبد، وبه قال عُروَةُ وشُرَيْحُ وإياسُ وابنُ سِـيرينَ والبَتِّىُّ وأبو ثَوْر وداودُ وابنُ المنُذِر، وقال مُجـاهدٌ والحَسن وعَطاءُ ومالكٌ والأوْزاعىُّ والثَّورىُّ وأبو حنيفَـة والشَّافعىّ وأبو عُبَيْد: لا تقبـل شهادته، لأنه غير ذى مروءة، ولأنها مبنيـة على الكمال لا تتبعض فلم يدخل فيها العبد كالميراث، وقال الشافعى والنخعى والحكم: تقبل فى الشىء اليسير.

ولنا: عمـوم آيات الشهادة وهو داخل فيـها فإنه من رجالنا وهو عـدل تقبل روايته وفـتياه وأخباره الدينـية، وروى عقبة بن الحـارث قال: تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب فـجاءت أمة سوداء فقـالت: قد أرضعتكما، فـذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «وكـيـف وقد زعمت ذلك» متفق عليه(1).

وفى رواية أبى داود فقلت: يا رسـول الله إنها لكاذبة، فقال: «وما يدريك وقـد قالت ما قالت؟ دعـها عنك» ولأنه عدل غيـر متهم فـتقبل شهـادته كالحر، وقـولهم: ليس له مروءة، ممـنوع بل هو كالحـر ينقسم إلى من لـه مروءة ومن لا مـروءة له، وقد يكون منهم العلـماء

---

(١٩) أخرجه البـيهقى فى «السنن» (١٠/ ٢٠١) وعبد الرزاق فى «الـمصنف» (٨/ ٣٢٠) وإسناده مرسل، وأبو داود فى «المراسيل» (٣٩٦) ورجاله ثقات رجال الشيخين غير محمد بن زيد بن المهاجر فهو من رجال مسلم.

(1) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (١٨٨٥) برقم (١٤/ مغنى).

شهد على غيـر من استشهد عليه أو لغير من شـهد له أو بغير ما استشهـد به، وإذا كان مغفلاً فربما استزله الخصم بغير شهادته فلا تحصل الثقة بقوله ولا يمنع من الشهادة وجود غلط نادر أو غفلة نادرة، لأن أحدًا لا يسلم من ذلك، فلو منع ذلك الشهادة لانسد بابها، فاعتبرنا الكثرة فى المنع كما اعتبرنا كثرة المعاصى فى الإخلال بالعدالة.

والأمراء والصالحون والأتقياء، سئل إياس بن معاوية عن شهادة العبد فقال: أنا أرد شهادة عبد العزيز بن صـهيب، وكان منهم زياد بن أبى عـياش من العلماء والزهـاد، وكان عمر بن عـبد العزيز يرفع قدره ويكرمه، ومنهم عكرمه مولى ابن عباس من العلماء الثقات وكثير من الموالى كانوا عبيدًا وأبناء عبيد لم يحدث فيهم بالإعتاق إلا الحرية وهى لا تغير طبعًا ولا تحدث علمًا ولا دينًا ولا مـروءة ولا يقـبل منهم إلا من كـان ذا مـروءة، ولا يصح قـياس الشـهـادة على الميراث، فإن الميـراث خلافة للموروث فى ماله وحقوقه، والعـبد لا يمكنه الخلافة، لأن ما يصيـر إليه يملكه سيـده فلا يمكن أن يخلف فيـه، ولأن الميراث يقـتضى التمليك والعـبد لا يملك ومبنى الشهادة على العدالة التى هى مظنة الصدق وحصول الثقة من القول، والعبد أهل لذلك فوجب أن تقبل شهادته.

الفصل الثانى: أن شهادته لا تقبل فى الحدود، وفى القصاص احتمالان: **أحدهما:** تقبل شهادته فيه، لأنه حق آدمى، ولا يصح الرجوع عن الإقرار به أشبه الأموال.

والثانى: لا تقبل، لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات فأشبه الحد وقد ذكرنا فى هذا الكتاب فى الحد والقصاص روايتين وكذلك ذكره الشريف وأبو الخطاب فإنهما ذكرا فى العقوبات كلها روايتين: **إحداهما:** تقبل لما ذكرنا، ولأنه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحر، **والثانية:** لا تقبل وهى ظاهر المذهب، لأن الاختلاف فى قبول شـهادته فى الأموال نقص وشبهة فلم تقبل شهـادته فيمـا يندرئ بالشبهـات، ولأنه ناقص الحال فلم تقبل شـهادته فى الحد والقـصاص كالمرأة.

الفصل الثالث: أن شهادة الأمة تقبل فيما تقبل فيه شهادة النساء قياسًا عليهن، فإن النساء لا تقبل شهادتـهن فى الحدود والقصاص، وإنما تقبل فى المـال أو شبهه والأمة كالحـرة فيما عداهما، وقد دل عليه حديث عقـبة بن الحارث، وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن فـيما ذكرنا، لأن الرق فـيهم، وقد روى عن عمر ﷺ أنه لا تجـوز شهادة المكاتب وبه قال عطاء والشعبى والنخعى.

ولنا: ما ذكرناه فى العبد، ولأنه إذا ثبت الحكم فى القن ففى هؤلاء أولى.

فـصل: وتجوز شهادة الأصم فى المرئيات وعلى المسـموعات قبل صممه، أما شهادته على المرئيات فهو فيها كالذى يسمع فتقبـل شهادته فيها، وتجوز شهادته فى المسموعات التى كانت قـبل صممـه كمـا تجوز شهـادة الأعمى على الأفعـال التى رآها قبل العـمى إذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه.

١٨٩٥ - مسألة: قال: (وتجوز شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت).

روى هذا عن على وابن عباس وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبى والزهرى ومالك وابن أبى ليلى وإسحاق وابن المنذر.

وقال أبو حنيفة والشافعى لا تقبل شهادته، وروى ذلك عن النخعى وأبى هاشم، واختلف عن الحسن وإياس وابن أبى ليلى وأجاز الشافعى شهادته بالاستفاضة والترجمة، وإذا أقر عند أذنه ويد الأعمى على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه، ولم يجزها فى غيره ذلك، لأن من لا تجوز شهادته على الأفعال لا تجوز على الأقوال كالصبى، ولأن الأصوات تشتبه فلا يحصل اليقين فلم يجز أن يشهد بها كالخط.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ (البقرة: ٢٨٢) وسائر الآيات فى الشهادة، ولأنه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير، وفارق الصبى فإنه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ولأن السمع أحد الحواس التى يحصل بها اليقين وقد يكون المشهود عليه من ألفه الأعمى وكثرت صحبته له وعرف صوته يقينًا فيجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالبصير، ولا سبيل إلى إنكار حصول اليقين فى بعض الأحوال.

قال قتادة: للسمع قيافة كقيافة البصر، ولهذا قال أصحاب الشافعى: تقبل شهادته فيما يثبت بالاستفاضة ولا يثبت عندهم حتى يسمعها من عدلين، ولا بد أن يعرفهما حتى يعرف عدالتهما فإذا صح أن يعرف الشاهدين صح أن يعرف المقر، ولا خلاف فى قبول روايته

38- مسألة: (وتجوز شهادة الأعمى فى المسموعات إذا تيقن الصوت وبالاستفاضة).

روى هذا عن على وابن عباس وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبى والزهرى ومالك وابن أبى ليلى وإسحاق وابن المنذر، وقال أبو حنيفة والشافعى: لا تقبل شهادته، وروى ذلك عن النخعى وأبى هاشم واختلف فيه عن الحسن وإياس وابن أبى ليلى وأجاز الشافعى شهادته بالاستفاضة والترجمة إذا أقر عند أذنه ويد الأعمى على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ولم يجزها فى غير ذلك، لأن من لا تجوز شهادته على الأفعال لا تجوز على الأقوال كالصبى، ولأن الأصوات تشتبه فلا يحصل اليقين فلم يجز أن يشهد بها كالخط.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ ولأنه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير، وفارق الصبى، فإنه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية، ولأن السمع أحد الحواس التى يحصل بها اليقين، وقد يكون المشهود عليه ممن ألفه الأعمى وكثرت صحبته له وعرف صوته يقينًا فلا يشك فيه فوجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالبصير ولهذا أجاز الشافعى وأصحابه شهادته بالاستفاضة ولا تثبت عندهم حتى يسمعها من عدلين ولا بد أن يعرفهما حتى يعرف عدالتهما، فإذا صح أن يعرف الشاهدين صح أن يعرف المقر، ولا خلاف فى قبول روايته وجواز استماعه من زوجته إذا عرف صوتها وصحة قبول النكاح،

وجواز استماعه من زوجته إذا عرف صوتها وصحة قبوله النكاح وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتـباه الصور، وفـارق الأفعال، فإن مـدركها الرؤية وهى غـير ممكنة من الأعـمى والأقوال مدركهـا السمع وهو يشارك البصير فـيه، وربما زاد عليه ويفارق الخط فـإنه لو تيقن من كتب الخط أو رآه وهو يكتبه لم يجز أن يشهد لما كتب فيه، إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز أن يشهد إلا إذا تيقن الصوت وعلم المشـهود عليه يقينًا، فإن جوز أن يكون صوت غيـره لم يجز أن يشهد به، كما لو اشتبه على البصير المشهود عليه فلم يعرفه.

فـصل: فإن تحمل الشهـادة على فعل ثم عمى جاز أن يشهد به إذا عرف المـشهود عليه باسمه ونـسبه ، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا تجوز شهادته أصلاً لأنه لا يجوز أن يكون حاكمًا.

ولنا: ما تقدم، ولأن العمى فقد حاسة لا تخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة كالصمم ويفارق الحكم فإنه يعـتبر له من شروط الكمال ما لا يعـتبر للشهادة، ولذلك يعـتبر له السمع والاجتهاد وغيرهما، فإن لم يعرف المشهـود عليه باسمه ونسبه لكن تيقن صوته لكثرة إلفه له صح أن يشهد به أيضًا لما ذكرنا فى أول المسألة.

وإن شهد عند الحاكم ثم عمى قبل الحكم بشهادته وجاز الحكم بها ، وبهذا قال الشافعى

وجواز اشتبـاه الأصوات كجواز اشتباه الصـفة، وفارق الأفعال، فإن مدركـها الرؤية وهى غير ممكنة من الأعمى والأقـوال مدركها السمع وهو يشـارك البصير فيه وربمـا زاد عليه، ويفارق الخط، فإنه لو تيقن من كتب الخط أو رآه يكتبه لم يجز أن يشهد بما كتب فيه، إذا ثبت هذا، فإنه لا يجـوز أن يشهد إلا إذا تـيقن الصوت وعلم المـشهود عليـه يقينًا، فـإن جوز أن يكون صوت غيره لم يجز أن يشهد به كما لو اشتبه على البصير المشهود عليه فلم يعرفه.

39- مـسـألة: (وتجوز فى المرئيـات التى تحملها قبل العمى إذا عرف الفـاعل باسمه ونسبه وما يتميز به) .

وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة: لا تجوز شهادته أصلاً لأنه لا يجوز أن يكون حاكمًا.

ولنا: ما تقدم فى المسألة قبلها، ولأن العمى فقد حاسة لا يخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة كالصمم، وفارق الحكم، فإنه يعتبـر له من شروط الكمال ما لا يعتبر للشهادة ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرهما.

40- مـسـألة: (فإن لم يعرف المـشهود عليه باسمـه ونسبه ولم يعرفـه إلا بعينه قبلت شهادته أيضًا لما ذكرنا فى المسألة الأولى) .

وهذا قول القاضى ويصفـه للحاكم بما يتميز به، قال شيـخنا: ويحتمل أن لا تقبل، لأن هذا مما لا ينضبط غالبًا.

41- مسألة: (وإن شهد عند الحاكم ثم عمى قبلت شهادته وجاز الحكم بها) .

وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا يجوز الحكم بها، لأنه معنى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحكم بها كالفسق.

ولنا: أنه معنى طرأ بعـد أداء الشهادة لا يورث تهـمة فى حال الشـهادة فلم يمنع قبـولها كالموت، وفارق الفسق فإنه يورث تهمة حال الشهادة.

فـصل: ولا تجوز شهـادة الأخرس بحال نص عليه أحمد ﷺ فقال: لا تجوز شهادة الأخـرس، قيل له: وإن كـتبـها؟ قـال: لا أدرى، وهذا قـول أصحـاب الرأى، وقال مـالك والشافعى وابن المنذر: تقبـل إذا فهمت إشارته، لأنها تقوم مقـام نطقه فى أحكامه من طلاقه ونكاحه وظهـاره وإيلائه فكذلك فى شهـادته، واستدل ابن المنذر بـأن النبى ﷺ أشار وهو جالس فى الصلاة إلى الناس وهم قيام أن اجلسوا فجلسوا (٢٠).

ولنا: أنها شهادة بالإشـارة فلم تجز كإشارة الناطق، يحققـه أن الشهادة يعتبر فيـها اليقين ولذلك لا يكتفى بإيماء الناطق ولا يحـصل اليقين بالإشارة، وإنما اكتـفى بإشارته فى أحكامه المخـتصة به للضرورة، ولا ضـرورة هـهنا ولهذا لم يـجز أن يكون حاكمًـا، ولأن الحاكم لا يمضى حكمـه إذا وجد حكمه بخطه تحت ختـمه ولم يذكر حكمه، والشاهـد لا يشهد برؤية خطه فلأن لا يحكم بخط غيره أولى. وما اسـتدل به ابن المنذر لا يصح فإن النبى ﷺ كان قادرًا على الكلام وعـمل بإشارته فى الصلاة، ولـو شهد الناطق بالإيمـاء، والإشارة لم يصح إجماعًا فعلم أن الشهادة مفارقة لغيرها من الأحكام.

وبهذا قال الشافـعى وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفـة: لا يجوز الحكم، لأنه معنى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحكم بها كالفسق.

ولنا أنه معنى طرأ بعـد أداء لا يورث تهمة فى حال الشـهادة فلم يمنع قبولهـا كالموت، وفارق الفسق، فإنه يورث تهمة حال الشهادة.

42- مـسألة: (وشهادة ولد الزنا جائزة فى الزنا وغيره)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والحسن والشـعبى والزهرى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو حنيفة وأصحابه، وقال مالك والليث: لا تجوز شهادته فى الزنا وحده، لأنه متهم، فإن العـادة فيمن فعل قـبيحًـا أنه يحب أن يكون له نظراء، وحكى عن عثمـان أنه قال: ودت الزانية أن النساء كلهن زنين.

ولنا: عموم الآيات، فإنه عدل مـقبول الشهادة فى غير الزنا فيـقبل فى الزنا كغيره، ولأن من قبلت شهادته فى الـقتل قبلت فى الزنا كولد الرشدة قال ابن المنذر: ومـا احتجوا به غلط من وجوه: **أحدها**:أن ولد الزنا لم يفعل قبيحًا يحب أن يكون له نظراء فيه **والثانى**:لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتًا عنه وأشبه ذلك أن لا يكون ثابتًـا، وغير جائز أن يثبت عن عثمان كلام

---

(٢٠)تقدم فى المسألة رقم (٢٤٧/ ح١٢).

بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره **الثالث:** أن الزانى لو تاب لقبلت شهادته وهو الذى فعل القبيح، فإذا قبلت شهادته مع مـا ذكروه فغيره أولى، فإنه لا يجوز أن يلزم ولده من وزره أكثر مما لزمه ولا يتعدى الحكم إلى غـيره من غير أن يثبت فيه مع أن ولده لا يلزمه شىء من ضرره لقول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾ (الإسراء: ١٥) وولد الزنا لم يفعل شيئًا يستوجب به حكمًا.

43- مسألة: (وتقبل شهادة الإنسان على فعل نفسه كالمرضعة بالرضاع والقاسم على القسمة والحاكم على حكمه بعد العزل).

تجوز شـهادة المرضـعة على الرضاع لمـا ذكرنا من حديث عـقبة بن الحـارث، وكذلك شهادة القـاسم على القسمة، لأنه يشهـد لغيره فصح على فـعل نفسه كما لو شـهد على فعل غيره، وكـذلك تقبل شهادة الحاكـم على حكمه بعد العزل لذلك وفى ذلك كله اخـتلاف لما ذكرنا فيما مضى.

44- مسألة: (وتقبل شهادة البدوى على القـروى والقروى على البدوى إذا اجتمعت الشروط).

وهو ظاهر كلام الخرقى وهو قول ابن سيرين وأبـى حنيفة والشافعى وأبى ثور وأجازه أبو الخطاب، وعن أحمـد فى شهادة البدوى علـى القروى أخشى أن لا تقبل فـيحتمل وجـهين: **أحدهما:** لا تقبل وهو قول جماعة من أصحابنا ومذهب أبى عبيد، وقال مالك كقول أصحابنا فيما عـدا الجراح وكقول الباقيـن احتياطًا للدماء، واحتج أصـحابنا بما روى أبو داود فى سننه عن أبى هريرة ﷺ عن النبى ﷺ أنه قـال: «لا تجوز شهادة بدوى على صـاحب قرية»(3) ولأنه متهم حيث عدل إذا أشهد قرويًا وأشهد بدويًا، قال أبو عبيد: ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله والجفاء فى الدين، **والثانى:** تقبل، لأن من قبلت شهادته على أهل البلد وقبلت شهادته على البدو قبلت شهادته على أهل القرى، ويحمل الحديث على من لم تعرف عـدالته من أهل البدو ونخصـه بهذا، لأن الغالب أن لا يكون له من يسـأله الحاكم فيتعرف عدالته.

(3) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٦٠٢) وابن ماجه (٢/ ٢٣٦٧) وقال الألبانى: صحيح.

١٨٩٦- **مسألة:** قال: **(ولا تجوز شهادة الوالدين وإن علوا للولد وإن سفل، ولا شهادة الولد وإن سفل لهما وإن علوا)**

ظاهر المذهب: أن شهادة الوالد لولده لا تقبل ولا لولد ولده وإن سفل، وسواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات ولا تقبل شهادة الولد لوالده ولا لوالدته ولا جده ولا جدته من قبل أبيه وأمه وإن علوا وسواء فى ذلك الآباء والأمهات وآباؤهما وأمهاتهما، وبه قال شريح والحسن والشعبى والنخعى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى.

وروى عن أحمد رحمه الله رواية ثانية تقبل شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب له، لأن مال الابن فى حكم مال الأب له أن يتملكه إذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه أو يجر بها لنفسه نفعًا، قال النبى ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[٢١] وقال: «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم»[٢٢] ولا يوجد هذا فى شهادة الابن لأبيه، وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه فى ما لا تهمة فيه كالنكاح والطلاق والقصاص والمال إذا كان مستغنى عنه، لأن كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة فى حقه، وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة.

باب موانع الشهادة

ويمنع قبول الشهادة ستة أشياء:

أحدها: قرابة الولادة فلا تقبل شهادة والد لولده وإن سفل ولا ولد لوالده إن علا.

ظاهر المذهب أن شهادة الوالد لولده لا تقبل ولا لولد ولده وإن سفل وسواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات فلا تقبل شهادة الولد لوالده ولا والدته ولا جده ولا جدته من قبل أبيه وأمه وإن علوا وسواء فى ذلك الآباء والأمهات وآباؤهما وأمهاتهما وبه قال شُرَيحٌ والحسنُ والشَّعْبِيُّ والنَّخَعِيُّ ومالك والشَّافعيُّ وإسحاق وأبو عُبَيْد وأصحاب الرأى، وروى عن أحمد رواية ثانية تقبل شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب لابنه، لأن مال الابن فى حكم مال الأب له أن يتملكه إذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه أو يجر بها لنفسه نفعًا، قال النبى ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»، وقال: «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم» ولا يوجد هذا فى شهادة الابن لأبيه، وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه فيما لا تهمة فيه كالنكاح والطلاق والقصاص والمال إذا كان مستغنى عنه، لأن كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة فى حقه، وروى عن

---

(٢١) تقدم فى المسألة رقم (٩٣٥/ ح ٣٦).

(٢٢) تقدم فى المسألة رقم (٩٣٤/ ح٢٧).

وروى ذلك عن شريح [(٢٣)] وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزنى وداود وإسحاق وابن المنذر لعموم الآيات، ولأنه عـدل تقبل شهادته فى غيـر هذا الموضع فتقبل شهـادته فيه كالأجنبى.

ولنا: ما روى الزهرى عن عروة عن عائشـة عن النبى ﷺ أنه قال: «لا تجوز شـهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمر على أخيه ولا ظنين فى قرابة ولا ولاء» [(٢٤)]، والظنين: المتهم، والأب يتهم لولده، لأن ماله كماله بما ذكرنا ولأن بينهما بعضية فكأنه يشهد لنفسه، ولهذا قال ﷺ: «فاطمة بضعة منى يريبنى ما رابها» [(٢٥)] ولأنه متهم فى الشهادة لولده كتهمة العدو فى الشهادة على عدوه والخبر أخص من الآيات فتخص به.

فـصل: فأما شهادة أحدهما علـى صاحبه فتقبل، نص عليه أحمد وهذا قول عامة أهل العلم ولم أجد عن أحمد فى الجامع فيه خلافًا وذلك لقول الله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ (النساء: ١٣٥) فأمر بالشـهادة عليهم ولو لم تقبل لما أمر بها، ولأنـها إنما ردت للتهمة فى إيصال النفع ولا تهمة فـى شهادته عليه فوجب

عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن شـهادة كل واحد منهما للآخر مقـبولة، وروى ذلك عن شريح وبه قال عمـر بن عبد العزيـز وأبو ثَوْر والمزنى وداود وإسحاق وابن المنذر لعـموم الآيات، ولأنه عدل تقبل شهادته فى غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كالأجنبى.

ولنا: ما روى الزهرى عن عـائشة عن النبى ﷺ أنه قـال: «لا تجوز شهـادة خائن ولا خائنة ولا ذى غـمر على أخـيه ولا ظنين فى قرابة ولا ولاء» والظنيـن المتهم، والأب مـتهم لولده، لأن ماله كمـاله بما ذكرنا، ولأن بينهما بعـضية فكأنه يشهد لنفســه ولهذا قال ﷺ: «فاطمة بضعة متى يريبنى ما رابها» ولأنه متهم فى الشهادة على عدوه والخبر أخص من الآيات فتختص به.

أ- مـسألة: (وتقبل شهادة بعضهم على بعض فى أصح الروايتين).

أما شهادة أحدهما على صاحبه فتـقبل، نص عليه أحمد وهذا قول عامة أهل العلم، قال شيخنا: ولم أجد عن أحمد فى الجامع فـيه اختلافًا وذلك لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ فأمر بالشهادة عليهم ولو لم تقبل لما أمر بها، ولأنها إنما ردت شهادته له لـلتهمة فى إيصال النفع ولا تهمة فى شهادته عليه فوجب أن تقبل كشهادة الأجنبى، بل أولى فإن شـهادته لنفسه لما ردت للتهمة فى إيصال النفع إلى نفســه كان إقراره عليها مـقبولاً، وفيــه رواية أخرى أن شهادة أحدهمـا لا تقبل على صاحبه حكاها القاضى فى المجرد، لأن شهادته غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق.

---

(٢٣) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٣٤٤).

(٢٤) تقدم فى المسألة (١٨٩٠/ ٣١).

(٢٥) تقدم برقم ١٥ فى المسألة (١٢٩٨).

أن تقبل كشـهادة الأجنبى بل أولى، فإن شهادته لنـفسه لما ردت للتهـمة فى إيصال النفع إلى نفسه كان إقراره عليه مقبولاً وحكى القاضى فى المجرد رواية أخرى أن شهادة أحدهما لا تقبل على صاحبه، لأن شهادته له غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق.

وقال بعض الشافعـية: لا تقبل شهادة الابن على أبيه فى قـصاص ولا حد قذف، لأنه لا يقتل بقتله ولا يحد بقذفه فلا يلزمه ذلك، والمذهب الأول لما ذكرنا، ولأنه يتهم له ولا يتهم عليه فشهادته عليه أبلغ فى الصدق كإقراره على نفسه.

فـصل: وإن شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما وقذف زوجـها لها قبلت شهادتهما، لأن حق أمهما لا يزداد به وسـواء كان المشهود عليه أباهمـا أو أجنبيّا، وتوفير الميـراث لا يمنع قبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه.

فـصل: وتجوز شهادة الرجل لابنه من الرضاعة وأبـيه منها وسائر أقاربه منها، لأنـه لا نسب بينهما يوجب الإنفاق والصلة وعتق أحدهما على صـاحبه وتبسطه فى ماله بخلاف قرابة النسب.

وقال بعض الشافعـية: لا تقبل شهادة الابن على أبيه فى قـصاص ولا حد قذف، لأنه لا يقتل بقتله ولا يحد بقذفه فلا يلزمه ذلك، والمذهب الأول لما ذكرنا، ولأنه يتهم له ولا يتهم عليه فشهادته عليه أبلغ فى الصدق كشهادته على نفسه.

فـصل: فإن شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما أو قذف زوجها لها قبلت شهادتهما، لأن حق أمهـما لا يزداد به وسواء كان المـشهود عليـه أباهما أو أجنبيّـا وتوفر الميراث لا يمنع قـبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه.

فـصل: وتجوز شهادة الرجل لابنه من الرضاعـة وأبيه وسائر أقاربه منها، لأنه لا نسب بينهـما يوجب الإنفاق والصـلة وعتق أحدهمـا على صاحـبه وتبـسطه فى ماله بخـلاف قرابة النسب.

2- **مـسألة: (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه فى إحدى الروايتين)** .

هذا الذى ذكره الخرقى وبه قـال الشعبى والنخعى ومالك وإسحـاق وأبو حنيفة، والرواية الأخرى يجوز وهذا قول شـريح والحسن والشافعى وأبى ثور، لأنه عقد على مـنفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالإجارة وقال الثـورى وابن أبى ليلى: تقبل شهادة الرجل لامرأته، لأنه لا تهمة فى حقه ولا تقـبل شهادتها له، لأن يساره وزيادة حقـها من النفقة يحصل بشهـادتها له بالمال فهى متهمة لذلك.

ولنا: أن كل واحد من الزوجـين يرث الآخر من غيـر حجب ويتبسط فى مـاله عادة فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه، ولأن يسار الرجل يزيد نفـقة امرأته ويسار المرأة يزيد فى قيمة بضعها المملوك لزوجها فكان كل واحـد منهما يضاف إلى الآخر قال الله تعالى: ﴿وَقَـرْنَ فِي

١٨٩٧- مسألة: قال: (ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده).

أما شهادة السيد لعبده فغير مقبولة، لأن مـال العبد لسيده فشهادته له شهادة لنفسه، ولهذا قال النبي ﷺ : «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»(٢٦) ولا نعلم فى هذا خلافًا ولا تقبل شهادته له أيضًا بنكاح ولا لأمته بطلاق، لأن فى طلاق أمته تخليصها له، وإباحة بعضــها له، وفى نكاح العبد نفع له ونفع مـال الإنسان نفع له، ولا تقبل شهــادة العبد لسيده، لأنه يتبسط فى مال سيده وينتفع به ويتصرف فيه وتجب نفقته منه ولا يقطع بسرقته فلا تقبل شهادته له كالابن مع أبيه.

١٨٩٨- مسألة: قال: (ولا الزوج لامرأته ولا المرأة لزوجها).

وبهذا قال الشــافعي والنخعي ومالك وإسحــاق وأبو حنيفة وأجاز شهادة كل واحــد منهما لصاحــبه شريح والحســن والشافعي وأبو ثور، لأنه عــقد على منفعة فــلا يمنع قبول الشــهادة كالإجارة، وعن أحمد رواية أخرى كقــولهم، وقال الثورى وابن أبى ليلى: تقبل شهادة الرجل لامرأته، لأنه لا تهمة فى حقه ولا تقبل شهادتها له، لأن يساره وزيادة حقها من النفقة تحصل بشهادتها له بالمال فهى متهمة لذلك.

ولنا: أن كل واحد منهــما يرث الآخر من غــير حجب وينــبسط فى ماله عــادة فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه، ولأن يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ويسار المرأة تزيد به قيمة بعضها المملوك لزوجــها فكان كل واحد منهمــا ينتفع بشهــادته لصاحبه فلم تقــبل كشهادته لنــفسه، ويحقق هذا أن مال كل واحد منهما يضاف إلى الآخر، قال الله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾ (الأحزاب: ٣٣) وقال: ﴿لا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ﴾ (الأحزاب: ٥٣) فأضاف البيوت إليهن تارة وإلى النبى ﷺ أخرى، وقال: ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ (الطلاق: ١) وقال عمر للذى قال له:

بُيُوتِكُنَّ﴾ وقال: ﴿لا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ﴾ فأضاف البيوت إليهن تارة وإلى النبى ﷺ أخرى وقال تعالى: ﴿لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ وقال عمر للذى قال له إن غلامى سرق مرآة امرأتى: لا قطع عليه عبدكم سرق مالكم، ويفارق عقد الإجارة من هذه الوجوه كلها.

3- مسألة: (ولا تقبل شهادة السيد لعبده ولا العبد لسيده).

أما شهادة السيد لعبده فغير مقبولة، لأن مــال العبد لسيده فشهادته له شهادة لنفسه، ولهذا قال النبي ﷺ : «من باع عبداً وله مال فماله للبــائع إلا أن يشترطه المبتاع» ولا نعلم فى هذا خلافـًا، ولا تقبل شــهادته له أيضًا بنكاح ولا لأمــته بطلاق، لأن فى طلاق أمــته تخليــصًا له وإباحة بضعها وفى نكاح العبد نفع له ونفع مال الإنســان نفع له ولا تقبل شهادة العبد لسيده، لأنه يتبسط فى ماله وينتفع به ويتصرف فيه وتجب نفقته منه ولا يقطع بسرقته فلا تقبل شهادته له كالابن مع أبيه.

---

(٢٦) تقدم برقم (١٥) فى المسألة رقم (٧٠١).

إن غلامى سرق مرآة امرأتى: لا قطع عليه، عبدكم سرق مالكم[(٢٧)]، ويفارق عقد الإجارة من هذه الوجوه كلها.

١٨٩٩- مسألة: قال: **(وشهادة الأخ لأخيه جائزة).**

وقال ابن المنذر: وأجمع أهل العلم على أن شهادة الأخ لأخيه جائزة[(٢٨)]، روى هذا عن ابن الزبيــــر[(٢٩)] وبه قال شــريح وعمر بن عــبد العزيز والشــعبى والنخعى والثــورى ومالك والشافعى وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى.

وحكى عن ابن المنذر عن الثورى أنه لا تقبل شهادة كل ذى رحم محرم، وعن مالك أنه لا تقبل شــهادته لأخيــه إذا كان منقطعًا إليــه فى صلته وبره، لأنه مــتهم فى حقــه، وقال ابن المنذر: قال مالك: لا تجوز شهادة الأخ لأخيه فى النسب وتجوز فى الحقوق.

ولنا: عموم الآيات، ولأنه عدل غير متهم فـتقبل شهادته له كالأجنبى، ولا يصح القياس على الوالد والولد، لأن بينهما بعضية وقرابة قوية بخلاف الأخ.

فـصل: وشهادة العم وابنه والخال وابـنه وسائر الأقارب أولى بالجواز، فإن شهادة الأخ إذا أجيزت مع قربه كان تنبيهًا على شهادة من هو أبعد منه بطريق أولى.

فـصل: وتقبل شهادة أحد الصديقين لصـاحبه فى قول عامة العلماء، إلا مالكًا قال: لا

4- مـــســألة: **(وتقبل شـهادة الأخ لأخيه وسـائر الأقارب والصديق لصديقـه والمولى لعتيقه).**

قال ابن المنذر: أجــمع أهل العلم على أن شهادة الأخ لأخيــه جائزة وروى ذلك عن ابن الزبير وبه قال شريح وعــمر بن عبد العزيز والشعبى والنخعى والثــورى ومالك والشافعى وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى، وحكى ابن المنذر عن الثورى أنه لا تقبل شهادة كل ذى رحم محرم وعن مالك أنه لا تقبل شهادته لأخــيه إذا كان منقطعًا إليه فى صلته وبره، لأنه متهم فى حقــه، وقال ابن المنذر: قال مالك: لا تجوز شهــادة الأخ لأخيه فى النسب وتجوز فى الحقوق.

ولنا: عموم الآيات، ولأنه عدل غــير متهم فتقبل شهــادته له كالأجنبى ولا يصح القياس على الوالد والولد لأن بينهما بعضية وقرابة بخلاف الأخ.

فـصل: وشهادة العم وابنه والخال وابـنه وسائر الأقارب أولى بالجواز، فإن شهادة الأخ إذا أجيزت مع قــربه كان تنبيهًا على قــبول شهادة من هو أبعد منه بطريق الأولى وتقــبل شهادة أحد الصديقين للآخر فى قول عامة العلمــاء إلا مالكًا قال: لا تقبل شهادة الصديق الملاطف، لأنه يجر إلى نفسه نفعًا بها فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه.

---

(٢٧) تقدم رقم (٥٦) فى المسألة (١٥٨٩).

(٢٨) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ٦٥).

(٢٩) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٣٤٣).

تقبل شهادة الصديق الملاطف، لأنه يجر إلى نفسه نفعًا بها فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه.

ولنا: عموم أدلة الشهادة، وما قاله يبطل شهادة الغريم للمدين قبل الحجر، وإن كان ربما قضاه دينه منه فجر إلى نفســه نفعًا أعظم مما يرجى هـهنا بين الصديقين، فأما العـداوة فسببها محظور وفى الشهادة عليه شفاء غيظه منه فخالفت الصداقة.

١٩٠٠- مسألة: قال: (**وتجوز شهادة العبد فى كل شىء إلا فى الحدود، وتجوز شهادة الأمة فيما تجوز فيه شهادة النساء**).

الكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة: **أحدها:** فى قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص فـالمذهب أنها مقبولة، روى ذلـك عن على وأنس ﷺ، قال أنس: ما علمت أن أحدًا رد شهـادة العبد وبه قـال عروة وشريح وإياس وابن سيـرين والبتى وأبو ثور وداود وابن المنذر وقال عطـاء ومجاهد والحـسن ومالك والأوزاعى والثورى وأبو حنـيفة والشـافعى وأبو عبيد: لا تقبـل شهادته، لأنه غير ذى مروءة، ولأنها مبنيـة على الكمال لا تتبعض فلم يدخل فيها العبد كالميراث، وقال الشعبى والنخعى والحكم: تقبل فى الشىء اليسير.

ولنا: عموم آيات الشهـادة وهو داخل فيها، فإنه من رجالنا وهو عدل تقبل روايـته وفتياه وأخباره الدينـية، وروى عقبة بن الحـارث قال: تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب فـجاءت أمة سوداء فـقالت: قد أرضـعتكما فـذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فـقال: «وكيف وقـد زعمت

ولنا: عموم أدلة الشهادة، وما قاله يبطل بشهـادة الغريم للمدين قبل الحجر وإن كان ربما قضاه دينه منه فجر إلى نفـسه نفعًا أعظم مما يرجى هـهنا من الصديقين، وأما العـداوة فسببها محصور، وفى الشـهادة عليه شفاء غيظه منه فـخالف الصداقة، وتجوز شهـادة المولى المعتق لعتيـقه، لأنه لا تهمة فيـه أشبه الأجنبى، ولأنه بمنزلة الأخ وشهـادة الأخ لأخيه مقبـولة كما ذكرنا.

فـصل: الثـانى: أن يجر إلى نفسه نفعًا بشهادته كشهادة السيد لمكاتبه والوارث لموروثه والعبد المأذون له فى التجارة، وكذلك لا تقـبل شهادة الوارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال، لأنه قد يسرى الجرح إلى نفـسه فتجب الدية لهم، ولا تقبل شهادة الشـفيع ببيع الشقص الذى له فيه الشـفعة، لأنه يجر إلى نفـسه نفعًا ولا تقـبل شهادة الغرماء بدين المـفلس أو بعين ولا شهادتهم لـلميت بدين أو مال، فإنه لو ثبت للمـفلس أو للميت دين أو مال تعلقت حـقوقهم به، ويفارق ما لو شهد الـغرماء لحى لا حجر عليه بمال، فإن شهـادتهم تقبل، لأن حقهم لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته، **فإن قـيل:** إذا كان معسرًا سقطت عنه المطالبة، فإذا شهدا له بمال ملك مطالبته فجروا إلى أنفسهم نفعًا، **قلنا:** لم تثبت المطالبة بشهادتهم إنما ثبتت بيساره وإقراره لدعوى الحق الذى شهدوا به، قال القاضى: ولا تقبل شهادة الأجير لمن استأجره نص

ذلك؟» متفق عليه [٣٠]، وفى رواية أبى داود فقلت: يا رسول الله إنها لكاذبة قال: «وما يدريك وقد قالت ما قالت دعها عنك» ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالحر، ولا نسلم أنه غير ذى مروءة، فإنه كالحر يقسم إلى من له مروءة ومن لا مروءة له، وقد يكون منهم الأمراء والعلماء والصالحون والأتقياء.

سئل إياس بن معاوية عن شهادة العبيد فقال: أنا أرد شهادة عبد العزيز بن صهيب [٣١] وكان منهم زياد بن أبى عياش من العلماء الزهاد وكان عمر بن عبد العزيز يرفع قدره ويكرمه ومنهم عكرمة مولى ابن عباس أحد العلماء الثقات وكثير من العلماء الموالى كانوا عبيدًا أو أبناء عبيد لم يحدث فيهم بالإعتاق إلا الحرية، والحرية لا تغير طبعًا ولا تحدث علمًا ولا مروءة ولا يقبل منهم إلا من كان ذا مروءة ولا يصح قياس الشهادة على الميراث، فإن الميراث خلافة للموروث فى ماله وحقوقه والعبد لا تمكنه الخلافة، لأن ما يصير إليه يملكه سيده فلا يمكن أن يخلف فيه، ولأن الميراث يقتضى التمليك والعبد لا يملك ومبنى الشهادة على العدالة التى هى مظنة الصدق وحصول الثقة من القول والعبد أهل لذلك فوجب أن تقبل شهادته.

الفصل الثانى: أن شهادته لا تقبل فى الحد وفى القصاص احتمالان: **أحدهما**: تقبل شهادته فيه، لأنه حق آدمى لا يصح الرجوع عن الإقرار به فأشبه الأموال، **والثانى**: لا تقبل، لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات فأشبه الحد، وذكر الشريف وأبو الخطاب فى العقوبات كلها

عليه أحمد، **فإن قيل**: فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه مع أنه إذا مات ورثه فقد جر إلى نفسه نفعًا بشهادته، **قلنا**: لا حق له فى ماله حين الشهادة وإنما يحتمل أن يتحدد له حق، وهذا لا يمنع قبول الشهادة، كما لو شهد لامرأة يحتمل أن يتزوجها أو لغريم بمال له يحتمل أن يوفيه أو يفلس فيتعلق حقه به، وإنما المانع ما يحصل به نفع حال الشهادة، **فإن قيل**: فقد منعتم قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز أن يتجدد له حق وإن لم يكن له حق فى الحال، فإن قلتم: قد انعقد سبب حقه **قلنا**: يبطل بالشاهد لموروثه المريض فإن شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه بدليل أن عطيته له لا تنفذ وعطيته لغيره تقف على الخروج من الثلث، قلنا: إنما منعنا الشهادة لموروثه بالجرح، لأنه ربما أفضى إلى الموت به فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء فيكون شاهدًا لنفسه موجبًا له بها حقًا ابتداء بخلاف الشاهد للمريض والمجروح بمال فإنه يجب للمشهود له ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لا ينتقل فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغريمه، **فإن قيل**: فقد أجزتم شهادة الغريم لغريمه بالجرح قبل الاندمال كما

---

(٣٠) تقدم برقم (١٨٨٥) برقم (١٤).

(٣١) عبد العزيز بن صهيب: البنانى مولاهم البصرى الأعمى، ثقة، توفى سنة ثلاثين ومائة «تهذيب التهذيب» (٦/ ٣٤١، ٣٤٢).

من الحدود والقصاص روايتين: **إحداهما:** تقبل لما ذكرنا، ولأنه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحر، **والثانية:** لا تقبل وهو ظاهر المذهب، لأن الاختلاف فى قبول شهادته فى الأموال نقص وشبهة فلم تقبل شهادته فيما يدرأ بالشبهات، ولأنه ناقص الحال فلم تقبل شهادته فى الحد والقصاص كالمرأة.

الفصل الثالث: أن شهادة الأمة جائزة فيما تجوز فيه شهادة النساء، ولأن النساء لا تقبل شهادتهن فى الحدود والقصاص، وإنما تقبل فى المال أو سببه، والأمة كالحرة فيما عداهما فساوتهن فى الشهادة، وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث.

فصل: وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن فيما ذكرنا، لأن الرق فيهم، وقد روى عن عمر ﷺ أنه قال: «لا تجوز شهادة المكاتب» وبه قال عطاء والشعبى والنخعى.

ولنا: ما ذكرناه فى العبد وإذا ثبت الحكم فى القن ففى هؤلاء أولى، لأنهم أكمل منه لوجود أسباب الحرية فيهم.

١٩٠١ - مسألة: قال: **(وشهادة ولد الزنا جائزة فى الزنا وغيره)**.

هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والحسن والشعبى والزهرى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو حنيفة وأصحابه، وقال مالك والليث: لا تجوز شهادته فى الزنا وحده، لأنه متهم فإن العادة فيمن فعل قبيحًا أنه يحب أن يكون له نظراء، وحكى عن عثمان أنه قال: ودت الزانية أن النساء كلهن زنين.

أجزتم شهادته له بماله **قلنا:** إنما أجزناها، لأن الدية لا تجب للشاهد ابتداء إنما تجب للقتيل أو لورثته ثم يستوفى الغريم منها فأشبهت الشهادة بالمال.

5- مسألة: (ولا تقبل شهادة الموصى له للميت والوكيل لموكله بما هو وكيل فيه والشريك لشريكه والغرماء للمفلس بالمال وأحد الشفيعين بعفو الآخر عن شفعته، وكذلك المضارب بمال المضاربة).

لأنه متهم ولأن الشفعة إذا بطلت للمشهود عليه توفرت على الشاهد فيكون شاهدًا لنفسه وممن رد شهادة الشريك لشريكه شريح والنخعى والثورى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافًا، فأما إن شهد الشريك لشريكه فى غير ما هو شريك فيه أو الوكيل لموكله فى غير ما هو وكيل فيه أو العدو لعدوه أو الوارث لموروثه بمال أو بالجرح بعد الاندمال أو شهد أحد الشفيعين بعد أن أسقط شفعته على الآخر بإسقاط شفعته أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته أو كان أحد الوصيتين لا يزاحم بها الأخرى، ونحو ذلك مما لا تهمة فيه قبلت، لأن المقتضى لقبول الشهادة متحقق والمانع منتف فوجب قبولها عملاً بالمقتضى.

ولنا: عموم الآيات وأنه عدل مقبول الشهادة فى غير الزنا فقبل فى الزنا كغيره ومن قبلت شهادته فى القتل قبلت فى الزنا كولد الرشيدة، قال ابن المنذر: وما احتجوا به غلط من وجوه، **أحدها**: أن ولد الزنا لم يفعل فعلاً قبيحًا يحب أن يكون له نظراء فيه، **والثانى**: أننى لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتًا عنه وأشبه ذلك أن لا يكون ثابتًا عنه وغير جائز أن يطلق عثمان كلامًا بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره، **الثالث**: أن الزانى لو تاب لقبلت شهادته وهو الذى فعل الفعل القبيح فإذا قبلت شهادته مع ما ذكروه فغيره أولى، فإنه لا يجوز أن يلزم ولده من وزره أكثر مما لزمه وما يتعدى الحكم إلى غيره من غير أن يثبت فيه مع أن ولده لا يلزمه شىء من وزره لقول الله تعالى: ﴿**وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ**﴾ (الإسراء: ١٥) وولد الزنا لم يفعل شيئًا يستوجب به حكمًا.

١٩٠٢ - مسألة: قال: **(وإذا تاب القاذف قبلت شهادته)**.

وجملته: أن القاذف إن كان زوجًا فحقق قذفه ببينة أو لعان أو كان أجنبيًا فحققه بالبينة أو بإقرار المقذوف لم يتعلق بقذفه فسق ولا حد ولا رد شهادة، وإن لم يحقق قذفه بشىء من ذلك تعلق به وجوب الحد عليه والحكم بفسقه ورد شهادته لقول الله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ**﴾ (النور: ٤) فإن تاب لم يسقط عنه الحد وزال الفسق، بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا، وروى ذلك عن عمر وأبى الدرداء وابن عباس[٣٢] وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد

فصل: ولا تقبل شهادة الوصى للموصى عليهم إن كانوا فى حجره، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبى والثورى ومالك والشافعى والأوزاعى وأبو حنيفة وأجاز شريح وأبو ثور شهادته لهم إذا كان الخصم غيره، لأنه أجنبى متهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية.

ولنا: أنه شهد بشىء هو خصم فيه فإنه الذى يطالب بحقوقهم ويخاصم فيها ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته به كما لو شهد بمال نفسه، ولأنه يأكل من أموالهم عند الحاجة فيكون متهمًا بالشهادة به وقولهم فى حجره احتراز، أما لو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم فإنها تقبل، والحكم فى أمين الحاكم يشهد للأيتام الذين هم تحت ولايته كالحكم فى الوصى سواء قياسًا عليه، فأما شهادته عليهم فمقبولة لا نعلم فيه خلافًا فإنه لا يتهم عليهم ولا يجر بشهادته عليهم نفعًا ولا يدفع بها عنهم ضررًا فهو كالأجنبى.

فصل: الثالث: أن يدفع عن نفسه ضررًا كالشهادة العاقلة بجرح شهود قتل الخطأ والغرماء بجرح شهود الدين على المفلس والسيد بجرح من شهد على مكاتبه أو عبده بدين والوصى بجرح الشاهد على الأيتام والشريك بجرح الشاهد على شريكه وسائر من لا تقبل شهادته لإنسان إذا شهد بجرح الشاهد عليه.

---

(٣٢) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ١٥٢ - ١٥٤).

والشعبى والزهرى وعبد الله بن عتبة وجعفر بن أبى ثابت وأبو الزناد ومالك والشافعى والبتى وإسحاق وأبو عبيد وابن المنذر، وذكره ابن عبد البر عن يحيى بن سعيد وربيعة وقال شريح والحسن والنخعى وسعيد بن جبير والثورى وأصحاب الرأى: لا تقبل شهادته إذا جلد وإن تاب، وعند أبى حنيفة لا ترد شهادته قبل الجلد، وإن لم يتب فالخلاف معه فى فصلين.

أحدهما: أنه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه وعند أبى حنيفة ومالك لا تسقط إلا بالجلد.

والثانى: أنه إذا تاب قبلت شهادته وإن جلد وعند أبى حنيفة لا تقبل وتعلق بقول الله تعالى: ﴿ **وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا** ﴾ (النور: ٤) وروى ابن ماجه بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تجوز شهادة خائن ولا محدود فى الإسلام»(٣٣) واحتج فى الفصل الآخر بأن القذف قبل حصول الجلد يجوز أن تقوم به البينة فلا يجب به التفسيق.

ولنا فى الفصل الأول إجماع الصحابة ﷺ، فإنه يروى عن عمر ﷺ أنه كان يقول لأبى بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة: تب أقبل شهادتك(٣٤) ولم ينكر ذلك منكر فكان إجماعًا، قال سعيد بن المسيب: شهد على المغيرة ثلاثة رجال أبو بكرة ونافع بن الحارث وشبل بن معبد ونكل زياد فجلد عمر الثلاثة وقال لهم: توبوا تقبل شهادتكم فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما وأبى أبو بكرة فلم يقبل شهادته وكان قد عاد مثل النصل فى العبادة، ولأنه تائب من ذنبه فقبلت شهادته كالتائب من الزنا يحققه أن الزنا أعظم من القذف به،

إنما لم تقبل شهادة العاقلة بجرح شهود قتل الخطأ لما فيه من دفع الدية عن أنفسهم فإن كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما، لأنهما لا يحملان شيئًا من الدية، واحتمل أن لا تقبل لجواز أن يوسرا قبل الحول فيحملان، وكذا الخلاف فى البعيد الذى لا يحمل لبعده لجواز أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل، ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الإبراء منه ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر بإسقاط شفعته، ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعض بإسقاط دينه أو استيفائه، أو بعض من أوصى له بمال على آخر بما يبطل وصيته إذا كانت وصيته تحصل بها مزاحمته، إما لضيق الثلث عنهما، أو لكون الوصيتين بمعين فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه، لأن الشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من دفع الضرر عن نفسه ونفعها فيكون شاهدًا لنفسه، وقد قال الزهرى: مضت السنة فى الإسلام أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين، والظنين: المتهم، وروى طلحة بن عبد الله ابن عوف قال: قضى رسول الله ﷺ: «أن لا شهادة لخصم ولا ظنين».

---

(٣٣) تقدم برقم (٣١) مسألة (١٨٩٠).

(٣٤) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ١٥٢) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٣٦٢).

وكذلك قتل النفس التى حرم الله وسائر الذنوب إذا تاب فاعلها قبلت شهادته فهذا أولى، وأما الآية فهى حجة لنا فإنه استثنى التائبين بقوله تعالى: ﴿إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا﴾ (آل عمران: ٨٩) والاستثناء من النفى إثبات فيكون تقديره: ﴿إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا﴾ فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين، فإن قالوا: إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التى تليه بدليل أنه لا يعود إلى الجلد، قلنا: بل يعود إليه أيضًا، لأن هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو وهى للجمع تجعل الجمل كلها كالجملة الواحدة فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا ما منع منه مانع، ولهذا لما قال النبى ﷺ: «لا يؤمن الرجل الرجل فى بيته ولا يجلس على تكرمته إلا بإذنه»[٣٥] عاد الاستثناء إلى الجملتين جميعًا، ولأن الاستثناء يغاير ما قبله فعاد إلى الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كالشرط، فإنه لو قال: امرأته طالق وعبده حر إن لم يقم عاد الشرط إليهما كذا الاستثناء بل عود الاستثناء إلى رد الشهادة أولى، لأن رد الشهادة هو المأمور به فيكون هو الحكم والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود أولى من رده إلى التعليل وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج بن أرطأة وهو ضعيف قال ابن عبد البر: لم يرفعه من روايته حجة، وقد روى من غير طريقه ولم تذكر فيه هذه الزيادة فدل ذلك على أنها من غلطه ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود فى غير القذف بعد توبته لو قدر صحته فالمراد به من لم يتب بدليل كل محدود تائب سوى هذا.

فصل: الرابع: العداوة كشهادة المقذوف على قاذفه والمقطوع عليه الطريق على قاطعه والزوج بالزنا على امرأته.

وجملة ذلك أن شهادة العدو لا تقبل على عدوه فى قول أكثر أهل العلم منهم، ربيعة والثورى وإسحاق ومالك والشافعى، والمراد بالعداوة هنهنا العداوة الدنيوية، مثل شهادة المقذوف على القاذف، والمقطوع عليه الطريق على القاطع، والمقتول وليه على القاتل، والمجروح على الجارح، والزوج يشهد بالزنا على امرأته فلا تقبل شهادته، لأنه يقر على نفسه بعداوته لها بإفسادها فراشه، وأما العداوة فى الدين كالمسلم يشهد على الكافر، أو المحق من أهل السنة يشهد على المبتدع فلا ترد شهادته، لأن العداوة فى الدين، والدين يمنعه من ارتكاب محظور فى دينه، وقال أبو حنيفة: لا تمنع العداوة الشهادة، لأنها لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصداقة لا تمنع الشهادة له.

ولنا: ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا زان ولا زانية، ولا ذى غمر على أخيه» رواه أبو داود، والغمر: الحقد، ولأن العداوة تورث التهمة فتمنع الشهادة كالقرابة القريبة، وتخالف الصداقة فإن شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه وبيع آخرته بدنيا غيره، وشهادة العدو على عدوه

---

(٣٥) تقدم فى المسألة رقم (٢٥٦) حديث (١).

وأما الفصل الثانى فـدليلنا فيه الآية فإنه رتب على رمى المحصـنات ثلاثة أشياء: إيجاب الجلد، ورد الشهادة، والفسق فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمى الذى لم يمكنه تحقيقه كالجلد، ولأن الرمى هو المعصية والذنب الذى يستحق به العقوبة وتثبت به المعصية الموجبة لرد الشهادة، والحـد كفارة وتطهير فـلا يجوز تعليق رد الشهادة به، وإنمـا الجلد ورد الشهادة حكمان للقذف فيثبتان جميعًا به، وتخلف استيفاء أحدهما لا يمنع ثبوت الآخر، وقولهم إنما يتحقق بالجلـد لا يصح، لأن الجلد حكم القذف الذى تعذر تحقـيقه فلا يستـوفى قبل تحقق القذف، وكيف يجوز أن يستوفى حد قبل تحقق سببه ويصير متحققًا بعده؟ هذا باطل.

فـصل: **والقاذف فى الشتم ترد شهادته وروايتـه حتى يتوب، والشاهد بالزنا إذا لم تكمل البينة تقبل روايته دون شهادته**، وحكى عن الشافعى أن شهادته لا ترد.

ولنا: أن عمر لم يقبل شـهادة أبى بكرة وقال له: تب أقبل شهادتك، وروايتـه مقبولة ولا نعلم خلافًا فى قبول رواية أبى بكرة مع رد عمر شهادته.

١٩٠٣- مسألة: قال: **(وتوبته أن يكذب نفسه)**.

ظاهر كلام أحمـد والخرقى أن توبة القاذف إكذاب نفسـه فيقول كذبت فـيما قلت، وهذا منصوص الشافعى واختيار الاصطخرى من أصحابه، قال ابن عبد البر: ومن قال هذا سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والشعبى وإسحاق وأبو عـبيد وأبو ثور لما روى الزهرى عن سعيد بن المسـيب عن عمـر عن النبى ﷺ أنه قال فى قـوله تعالى: ﴿إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْـدِ ذَلِكَ

يقصد بها نفع نفسه بالتـشفى من عدوه فافترقا، **فـإن قـيل**: فلم قبلتم شهـادة المسلمين على الكفار مـع العداوة؟ **قلـنا**: العداوة ههنا دينية والدين لا يقتضى شهادة الزور ولا أن يترك دينه بموجب دينه.

فـصـل: فإن شهد على رجل بـحق فقذفه المشهود عليـه لم ترد شهادته بذلك، لأنا لو أبطلنا شهـادته بهذا لتمكن كل مشـهود عليه بإبطال شهـادة الشاهد بقذفه، ويفـارق ما لو طرأ الفسق بعد أداء الشهـادة وقبل الحكم، فإن رد الشهادة فيـه لا يفضى إلى ذلك بل إلى عكسه، لأن طريان الفـسق يورث تهمـة فى حـال أداء الشهـادة، لأن العادة إسـراره فظهوره بعـد أداء الشهادة يدل على أنه كـان يسره حال أدائها، وههنا حصلت العداوة بأمر لا تـهمة على الشاهد فيه، فأما المحاكمة فى الأموال فليست عداوة تمنع الشهادة فى غير ما حكم فيه.

فـصل: قال رحمة الله: **(الشرط الخامس أن يشهد الفاسق بشهادة فترد ثم يتوب فيعيدها فإنـها لا تقبـل للتهـمة)** وبهذا قال الشـافعى وأصحاب الرأى، وقـال أبو ثور والمزنى وداود: تقبل، قال ابن المنذر: والنظر يدل على هذا، لأنهـا شهادة تقبل فى غير هذه الشـهادة فقبلت فيها قياسًا على غيرها وكما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد إسلامه.

ولنا: أنه متهم فى أدائها، لأنه يعير بردها وتلحقه غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتعير

وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (آل عمران: ٨٩) قال: توبته إكـذاب نفسه(٣٦)، ولأن عـرض المقـذوف تلوث بقذفه فـإكذابه نفسه يزيـل ذلك التلويث فتكون التوبة به، وذكـر القاضى أن القذف إن كان سبًّا فالتوبة منه إكذاب نفســه، وإن كان شهادة فالتوبة منه أن يقول القذف حرام باطل ولن أعود إلى ما قلت، وهـذا قول بعض أصحاب الشافـعى، قال: وهو المذهب، لأنه قد يكون صادقًا فلا يؤمر بالكذب، والخبر محمول على الإقرار بالبطلان، لأنه نوع إكذاب.

والأولى أنه متى علم من نفسه الصـدق فيما قذف به فتوبته الاستـغفار والإقرار ببطلان ما قاله وتحـريمه وأنه لا يعود إلى مثله وإن لم يعلم صـدق نفسه فتـوبته إكذاب نفســه سواء كان القذف بشهادة أو سب، لأنه قد يكون كاذبًا فى الشهادة صادقًا فى السب.

ووجه الأول أن الله تعالى سمى القاذف كاذبًا إذا لم يأت بأربعة شهداء على الإطلاق بقوله سـبحـانه: ﴿لَوْلا جَاءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُوْلَئِكَ عِندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾ (الـنور: ١٣) فتكذيب الصادق نفســه يرجع إلى أنه كاذب فى حكم الله وإن كان فى نفس الأمر صادقًا.

فـصل: وكل ذنب تلزم فاعله التوبة منه متى تاب منه قـبل الله توبته بدليل قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَاحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنفُسَهُمْ ذَكَرُوا اللَّهَ فَاسْتَغْفَرُوا لِذُنُوبِهِمْ وَمَن يَغْفِرُ الذُّنُوبَ إِلاَّ اللَّهُ وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَىٰ مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ (١٣٥) أُوْلَئِكَ جَزَاؤُهُم مَّغْفِرَةٌ مِّن رَّبِّهِمْ﴾ (آل عمـران: ١٣٥، ١٣٦) وقال: ﴿وَمَن يَعْمَلْ سُوءًا أَوْ يَظْلِمْ نَفْسَهُ ثُمَّ يَسْتَغْفِرِ اللَّهَ يَجِدِ اللَّهَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ (النساء: ١١٠) ولأن

به، وصلاح حاله بعد ذلك من فـعله يزول به العار فتلحقه التهمة فى أنه قـصد إظهار العدالة وإعادة الشهادة لتقبل، فيزول ما حصل بردها، ولأن الفسق يخفى فيحتاج فى معرفته إلى بحث واجتهاد، فعند ذلك نـقول شهادته مردودة بالاجتهاد فلا تقـبل بالاجتهاد، لأن ذلك يؤدى إلى نقض الاجتهـاد بالاجتهاد، وفارق ما لو إذا رد شهـادة كافر لكفره، أو صبى لصـغره، أو عبد لرقه ثم أسلم الكافر وبلغ الصبى وعتق العبـد وأعادوا تلك الشهادة فإنها لا ترد، لأنها لم ترد أولاً بالاجتهاد وإنما ردت باليقين، ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم أنه فعلهما لتقبل شهادته، والكافر لا يرى كفره عارًا ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت.

6 - مسألة: (ولو لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلاً قبلت).

وذلك لأن التحـمل لا تعتبر فـيه العدالة ولا البلوغ ولا الإسلام، لأنه لا تهـمة فى ذلك وإنما يعتبر ذلك للأداء، فـإذا رأى الفاسق شيئًا أو سمعه ثم عدل وشهد به قـبلت شهادته بغير خلاف نعلمه، وهكذا الصبى والكافر فى زمن النبى ﷺ يروون عـنه بعد أن كبروا كالحسن والحسين وابن عـباس وابن الزبير وابن جعفـر والنعمان بن بشير، والرواية فى مـعنى الشهادة تشترط لها العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة.

---

(٣٦) ذكره صاحب الكنز (٢/ ٤٧٤/ ٤٥٣٦) وعزاه إلى ابن مردويه.

النبى ﷺ قال: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له»(٣٧) وقال عمر ﷺ: بقية عمر المؤمن لا قيمة له يدرك فيه ما فات ويحيى فيه ما أمات ويبدل الله سيئاته حسنات.

والتوبة على ضربين: باطنة وحكمية فأما الباطنة: فهى ما بينه وبين ربه تعالى، فإن كانت المعصية لا توجـب حقًا عليه فى الحكم كقبلة أجنبية أو الخلوة بـها وشرب مسكر أو كذب، فالتوبة منه الندم والعزم على أن لا يعود، وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «الندم توبة»(٣٨) وقيل: التوبة النصوح تجـمع أربعة أشياء: الندم بالقلب، والاستغفـار باللسان، وإضمار أن لا يعود، ومـجانبـة خلطاء السوء وإن كانت توجـب عليه حقـا لله تعالى أو لآدمى كـمنع الزكاة والغصب فالتوبة منه بما ذكرنا وترك المظلمة حسب إمكانه بأن يؤدى الزكاة ويرد المغصوب أو مثله إن كان مثليًا وإلا قـيمة، وإن عجز عن ذلك نوى رده متى قدر عليه، فإن كـان عليه فيها حق فى البدن، فإن كان حقًا لآدمى كالقصاص وحد القذف اشترط فى التوبة التمكين من نفسه وبذلها للمستحق، وإن كـان حقًا لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فـتوبته أيضًا بالندم والعزم على ترك العود ولا يشـترط الإقرار به، فـإن كان ذلك لم يشـتهر عنه فـالأولى له ستر نفـسه والتوبة فـيها بيـنه وبين الله تعالى، لأن النبى ﷺ قال: «من أتـى شيئًـا من هذه القاذورات فليستتر بستر الله تعالى فإنه من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه الحد»(٣٩) فإن الغامدية حين أقرت بالزنا لم ينكر علـيهـا النبى ﷺ ذلك(٤٠)، وإن كانت معـصية مشهورة فـذكر القاضى أن

٧- مسألة: (ولو شهد وهو كافر أو صبى أو عبد فردت شهادتهم ثم أعادوها بعد زوال الكفر والصبا والرق قبلت).

ولما ذكـرنا فى الفصل الذى قـبلها، وقـد روى عن النخعى والزهرى وقـتادة وأبى الزناد ومالك، أنها ترد أيضًا فى حق من أسلم وبلغ، وعن أحمـد رواية كذلك، لأنها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقًا، وقد ذكرنا ما يقـتضى فرقًا بينهما فيفترقان، وروى عن أحمد فى العبـد إذا ردت شهـادته لرقه ثم عتق وأعـاد تلك الشهـادة روايتان، وقـد ذكرنا الأولى أن شهادته تقبل، لأن العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق.

٨- مـسـألة: (وإن شهد لمكاتبـه أو لموروثه بجرح قبل برئه فردت ثم أعـادها بعد عتق المكاتب وبرء الجرح ففى ردهما و جهان):

أحـدهمـا: تقبل لأن زوال المانع ليس من فعلهم فـأشبه زوال الصبا والبلوغ، ولأن ردها بسبب لا عار فيه فلا يتهم فى قصد نفى العار بإعادتها بخلاف الفسق.

---

(٣٧) تقدم برقم (٥٣) مسألة رقم (١١٦٣).

(٣٨) أخرجه ابن مـاجه فى «الزهد» (٢/ ح٤٢٥٢) والحاكم فى «المستدرك» (٤/ ٢٤٣) وصـححه الذهبى والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ١٥٤) وأحمد فى «مسنده» (٣٥٦٨) وإسناده صحيح.

(٣٩) أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٨٢٥).

(٤٠) تقدم فى المسألة ورقم (١٥٥١) برقم (١٣).

الأولى الإقرار به ليقـام عليه الحد، لأنه إذا كان مشـهوراً فلا فائدة فى ترك إقامـة الحد عليه، والصـحيح أن ترك الإقـرار أولى، لأن النبى ﷺ عرض لـلمقـر عنده بالرجوع عن الإقـرار فعرض لماعز(٤١) وللمقر عنده بالسرقة(٤٢) والرجوع مع اشتهاره عنه بإقراره وكره الإقرار حتى إنه قيل لما قطع السارق كـأنما أسف وجهه رماداً(٤٣) ولـم يرد الأمر بالإقـرار ولا الحث عليه فى كتـاب ولا سنة ولا يصح القيـاس، إنما ورد الشرع بـالستر والاسـتتار والتـعريض للمـقر بالرجوع عن الإقرار، وقال لهزال وكان هو الذى أمر ماعزًا بالإقرار: «يا هزال لو سترته بثوبك كان خيراً لك»(٤٤) .

وقال أصحاب الشافعى: توبة هذا إقراره ليقـام عليه الحد وليس بصحيح لما ذكرنا، ولأن التوبة توجد حقيـقتها بدون الإقرار وهى تجب ما قبلها كمـا ورد فى الأخبار مع ما دلت عليه الآيات فى مغفـرة الذنوب بالاستغفار وترك الإصرار، وأمـا البدعة فالتوبة منها بالاعـتراف بها والرجوع عنها واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها.

فـصل: ظاهر كلام أحمد والخرقى أنه لا يعتبر فى ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة وصحـة ولايته فى النكاح إصلاح العمل وهو أحـد القولين للشافـعى وفى القول الآخر يعتـبر إصلاح العمل إلا أن يكون ذنبه الـشهادة بالزنا ولم يكمل عدد الشهود فإنه يـكفى مجرد التوبة من غير اعتبار إصلاح وما عداه فلا تكفى التوبة حـتى تمضى عليه سنة تظهر فيها توبته ويتبين فيها صلاحه، وذكـر أبو الخطاب هذا رواية لأحمد، لأن الله تعالى قال: ﴿إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا﴾ (آل عمـران: ٨٩) وهذا نص فإنه نهى عن قبول شهادتهم ثم استثنى التائب

الثـــانى: لا تقبل، لأن ردها باجتـهاده فلا ينقضها باجـتهاده، والأول أصح، فإن الأصل قبول شهادة العدل لم يمنع منه مانع ولا يصح القياس على الشهادة المردودة بالفسق لما ذكرنا بينهما من الفرق، ويخرج على هذا كل شهادة مردودة إما للتهمة أو لعدم الأهلية، إذا أعادوها بعد زوال التهمة ووجود الأهلية هل تقبل؟ على وجهين.

9- مـســألة: (وإن شهد الشـريك بعفو شريكه عن الشفـعة ثم عفا الشاهد عن شفـعته وأعاد تلك الشهادة لم تقبل ذكره القاضى) .

لأنه متهم فأشـبه الفاسق والأولى أنها تخرج على الوجهين، لأنهـا إنما ردت لكونها يجر بها إلى نفسه نفعًا، وقد زال ذلك بعفوه، والله أعلم.

---

(٤١) تقدم فى المسألة رقم (١٥٥٨) برقم (٨٢). (٤٢) تقدم فى المسألة رقم (١٥٦٢) برقم (١١٨).

(٤٣) أخرجـه أحمد فى «مـسنده» (٣٩٧٧/ ٤١٦٨) وإسناده ضعيف لضـعف أبى ماجد، آسف: أى تغير واكدر، كأنمـا ذر عليه شىء غيره من قـولهم: أسففت الوشم، وهو أن يغـرز الجلد بابرة ثم تحشى المغارز كحلاً، واللفظ هنا «أسف رمادًا» أى: كأنما ذر عليه الرماد.

(٤٤) تقدم برقم (١١٩) مسألة (١٥٦٢).

المصلح، ولأن عمر ﷺ لما ضرب صبيغًا أمـر بهجرانه حتى بلغته توبته فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة(٤٥).

ولنا: قوله ﷺ: «التوبة تجب مـا قبلها»(٤٦) وقوله: «التـائب من الذنب كمن لا ذنب له»(٤٧) ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة فكذلك الأحكام، ولأن التوبة من الشرك بالإسلام لا تحتاج إلى اعـتبار ما بعده وهو أعظم الذنوب كلهـا فما دونه أولى، فأما الآية فيـحتمل أن يكون الإصلاح هو التوبة وعطفه عليها لاختلاف اللفظين، ودليل ذلك: قول عمر لأبى بكرة: تب أقبل شهادتك، ولم يعتبر أمرًا آخر، ولأن من كان غاصبًا فرد ما فى يديه، أو مانعًا للزكاة فأداها وتاب إلى الله تعالى قد حصل منه الإصلاح وعلم نزوعه عن معصيته بأداء ما عليه، ولو لم يرد التوبة ما أدى ما فى يديه، ولأن تقييده بالسنة تحكم لم يرد الشرع به والتقدير إنما يثبت بالتوقيف، وما ورد عن عـمر فى حق صبيغ إنما كان لأنه تائب من بدعـة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران فيحتمل أنه أظهر التوبة تسترًا بخلاف مسألتنا.

وقد ذكر القاضى: أن التائب من البدعة يعتبر له مضى سنة لحديث صبيغ، رواه أحمد فى الورع قال: ومن عـلامة توبته أن يجتنب من كـان يواليه من أهل البدع ويوالى من كـان يعاديه من أهل السنة، والصحيح أن التـوبة من البدعة كغيرها إلا أن تكون التوبة بفـعل يشبه الإكراه كتـوبة صبيغ فـيعتـبر له مـدة تظهر أن توبته على إخـلاص لا عن إكراه، وللحـاكم أن يقول للمتظاهر بالمعصية: تب أقبل شهـادتك، قال مالك: لا أعرف هذا، قال الشافعى: وكيف لا يعرفه وقد أمر النبى ﷺ بالتوبة وقاله عمر لأبى بكرة.

باب أقسام المشهود به(١)

والمشهود به ينقسم خمسة أقسام:

أحدها: الزنا وما يوجب حده فلا يقبل فيه إلا أربعة رجال أحرار.

أجمع المسلمون على أنه لا يقبل فى الزنا أقل من أربعة شهود، وقد نص الله تعالي عليه بقوله سبحانه: ﴿ **لَوْلا جَاءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ** ﴾ (النـور: ١٣) وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال: «أربعة وإلا حـد فى ظهرك» فى أخبار سوى

---

(٤٥) أخرجه الدارقطنى فى «المقدمة» (١/ ح١٤٤) ذكره ابن حجر فى «الإصابة» (٣/ ٤٥٨).

(٤٦) ذكره ابن كثير فى «التفسير» (٣/ ٥٩٦) بلفظ: «الإسلام يجب ما قبله» «والتوبة تجب ما قبلها» وقال: فى الصحيح، والحديث عند الإمام أحمد فى «مسنده» (٤/ ١٩٩، ٢٠٤، ٢٠٥) بلفظ: «أن الإسلام يجب ما قبله، والهجرة تجب ما قبلها» إسناده صحيح.

(٤٧) تقدم برقم (٥٢) مسألة رقم (١١٦٣).

(١) انظر الحديث هذا الباب فى أول كتاب الشهادات من المغنى.

١٩٠٤ - **مسألة:** قال: **(ومن شهد بشهادة قد كان شهد بها وهو غير عدل وردت عليه لم تقبل منه فى حال عدالته)** .

وجملته: أن الحاكم إذا شهد عنده فاسق فرد شهادته لفسقه ثم تاب وأصلح وأعاد تلك الشهادة لم يكن له أن يقبلها، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى، وقال أبو ثور والمزنى وداود: تقبل، قال ابن المنذر: والنظر يدل على هذا لأنها شهادة عدل فتقبل كما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد إسلامه.

ولنا: أنه متهم فى أدائها لأنه يعير بردها ولحقته غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتغير به، وصلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار فلحقه تهمة فى أنه قصد إظهار العدالة وإعادة الشهادة لتقبل فيزول ما حصل بردها، ولأن الفسق يخفى فيحتاج فى معرفته إلى بحث واجتهاد، فعند ذلك نقول: شهادة مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد، لأن ذلك يؤدى إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وفارق ما إذا ردت شهادة كافر لكفره أو صبى لصغره أو عبد لرقه ثم أسلم الكافر وبلغ الصبى وعتق العبد وأعادوا تلك الشهادة فإنها لا ترد، لأنها لم ترد أولاً بالاجتهاد، وإنما ردت باليقين، ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم فى أنه فعلهما لتقبل شهادته، والكافر لا يرى كفره عاراً ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت عليه.

وقد روى عن النخعى والزهرى وقتادة أبى الزناد ومالك أنها ترد أيضًا فى حق من أسلم وبلغ وعن أحمد رواية أخرى كذلك، لأنها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقًا، وقد ذكرنا ما يقتضى فرقًا بينهما فيفرقان، وروى عن أحمد فى العبد إذا ردت شهادته لرقه ثم عتق وادّعى تلك الشهادة، روايتان، وقد ذكرنا أن الأولى أن شهادته تقبل، لأن العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق.

فصل: وإن شهد السيد لمكاتبه فردت شهادته أو شهد وارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال فردت شهادته ثم عتق المكاتب وبرأ الجرح وأعادوا تلك الشهادة ففى قبولها وجهان:

هذا، وأجمعوا على أنه يشترط كونهم عدولاً ظاهراً وباطنًا مسلمين سواء كل المشهود عليه مسلمًا أو ذميًا، وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالاً أحراراً فلا تقبل فيه شهادة النساء ولا العبيد، وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى، وشذ أبو ثور فقال: تقبل شهادة العبيد، وحكاه أبو الخطاب والشريف رواية فى المذهب، وحكى عن حماد وعطاء أنهما قالا: تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين، لأنه نقص واحد من عدد الرجال فقام مقامه امرأتان كالأموال.

ولنا: ظاهر الآية وأن العبد مختلف فى شهادته فكان ذلك شبهة فى الحد، لأنه يندرئ بالشبهات ولا يصح قياس هذا على الأموال لخفة حكمها وشدة الحاجة إلى إتيانها لكثرة وقوعها والاحتياط فى حفظها ولهذا زيد فى عدد شهود الزنا على شهود المال.

أحدهـما: تقبل، لأن زوال المانع ليس من فعلهم فأشبه زوال الصبى بالبلوغ، ولأن ردها بسبب لا عار فيه فلا يتهم فى قصد نفى العار بإعادتها بخلاف الفسق.

والثـانى: لا تقبل، لأنه ردها باجتهاده فلا ينقضهـا باجتهاده، والأول أشبه بالصحة، فإن الأصل قبـول شهـادة العدل ما لم يمنع منه مـانع، ولا يصح القيـاس على الشهـادة المردودة للفسق لما ذكـرنا بينهما من الفرق، ويخرج على هذا كـل شهادة مردودة إما للتهـمة أو لعدم الأهلية إذا أعادها بعد زوال التهمة ووجود الأهلية فهل تقبل؟ على وجهين.

١٩٠٥- مسألة: قال: (**وإن كان لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلاً قبلت منه**).

وذلك لأن التحمل لا تعـتبر فيه العدالة ولا البلوغ ولا الإســلام، لأنه لا تهمة فى ذلك، وإنما يعتبر ذلك فى الأداء فإذا رأى الفاسق شيئًا أو سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نعلمـه، وهكذا الصبى والكافـر إذا شهد بعـد الإسلام والبلوغ قبـلت وكذلك الرواية، ولذلك كان الصـبيان فى زمن النبى ﷺ يروون عنه بعد أن كـبروا كالحسن والحـسين وابن عباس والنعمان بن بشير وابن الزبير وابن جعـفر والشهادة فى معنى الرواية ولذلك اعتبرت لها العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة.

١٩٠٦- مسألة: قال: (**ولو شهد وهو عدل فلم يحكم بشـهادته حتى حدث منه ما لا تجوز شهادته معه لم يحكم بها**).

أ- مسألة: (**وهل يثبت الإقرار بالزنا بشاهدين أو لا يثبت إلا بأربعة؟ على روايتين**).

وللشافعى قولان: **أحدهما:** يثبت بشاهدين قياسًا على سائر الأقارير، **والثانى:** لا يثبت إلا بأربعة، لأنه موجب لحد الزنا فأشبه فعله.

فصل: (**الثانى القصاص وسائر الحدود فلا يقبل فيه إلا رجلان جران**).

إلا ما روى عن عطاء وحماد أنهـما قالا: يقبل فيه رجل وامرأتان قيـاسًا على الشهادة فى الأموال.

ولنا: أن هذا مما يحتـاط لدرئه وإسقاطه، ولهذا يندرئ بالشبهـات ولا تدعو الحاجة إلى إثباته، وفى شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى: ﴿ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ ﴾ (البـقـرة: ٢٨٢) وأن شهادتهن لا تقـبل وإن كثرت ما لم يكن معـهن رجل، فوجب أن لا تقبل شهـادتهن فيه ولا يصح قيـاس هذا على المال لما ذكـرنا من الفرق، وبهذا الذى ذكـرناه قال سعيد بن المسيب والشعبى والنخعى وحمـاد والزهرى وربيعة ومالك والشافعى وأبو عبيد وأبو ثور وأصـحـاب الرأى، واتفق هؤلاء كلهم على أنه يـثبت بشـهـادة رجلين مـا خـلا الزنا إلا الحسن، فإنه قال: الشهادة على القتل كالـشهادة على الزنا لا يقبل فيها إلا أربعة، وروى ذلك عن أبى عـبد الله، لأنهـا شهـادة يثبـت بها القـتل فلم تثبـت إلا بأربعة كـالشهـادة على زنا المحصن.

وجـملة ذلك: أن الشاهدين إذا شهدا عند الحاكم وهما ممن تقبل شهادته ولم يحكم بها حتى فـسقا أو كـفرًا لم يحكم بشهـادتهما، وبهـذا قال أبو يوسف والشافـعى، وقال أبو ثور والمزنى: يحكم بها، لأن بقـاء أهلية الشهادة ليس شرطًا فى الـحكم بدليل ما لو ماتا، ولأن فسقهمـا تجدد بعد أداء الشهادة فأشبه ما لو تجدد بعـد الحكم بها، ووجه ذلك من طريقين: **أحـدهمـا**: أن عدالة الشاهد شرط للحكم فيعتـبر دوامها إلى حين الحكم، لأن الشروط لا بد من وجودها فى المشروط، وإذا فسق انتفى الشرط فلم يجز الحكم.

والثانى: أن ظهور فسقه وكفره يدل على تقدمه، لأن العادة أن الإنسان يسر الفسق ويظهر العدالة، والزنديق يسر كفره ويظهر إسلامه فلا نأمن كونه كافرًا أو فاسقًا حين أداء الشهادة فلم يجز الحكم بهـا مع الشك فيها، فـأما إن حدث هذا منه بعد الحكم بشـهادته لم ينقض، لأن الحكم وقع صحـيحًا لاستمـرار شرطه إلى انتهائه، ولأنـه قد وجد مقرونًا بشـرطه ظاهرًا فلا ينقض بالشك، كما لو رجع عن الشهادة، وكمـا لو صلى بالتيمم ثم وجد الماء، لكن إن كان ذلك قبل الاستيفاء وكان حدًّا لله تعالى لم يجز استيفاؤه بالشبهات، لأنه يدرأ وهذا شبهة فيه، فأشبه ما لو رجع عن الإقرار به قبل استيفائه، وإن كان مالاً استوفى، لأن الحكم قد تم وثبت الاستحقاق بأمر ظاهر الصحة فلا يبطل بأمر محتمل، ولذلك لم يبطل رجوعه عن إقراره، وإن كان حد قذف أو قصاصًا احتمل وجهين:

أحدهما: يستوفى وهذا قول أبى حنيفة، لأنه حق آدمى مطالب به أشبه المال.

ولنا: أنه أحد نوعى القصاص فيقبل فيه اثنان كقطع الطرف وفارق الزنا، فإنه مختص بهذا وليست العلة كونه قتلاً، بدليل وجوب الأربعـة فى زنا البكر ولا قتل فيه، ولأنه انفرد بإيجابه الحد على الرامى به والشهود إذا لم تكمل شهادتهم فلم يجز أن يلحق به ما ليس مثله.

فـصل: ولا تقبل الشهادة على القتل إلا مع زوال الشبهة فى لفظ الشاهد نحو أن يقول: ضربه فقتله، وقد ذكرنا ذلك، فإن كانت الشهادة بالجرح فقالا: ضربه فأوضحه أو فاتضح منه أو فوجدناه موضـحًا من الضربة قبلت شهـادتهما، فإن قالا: ضربه فاتضـح رأسه أو فوجدناه موضحًا أو فأسـال دمه أو وجدنا فى رأسه موضحة لم يثبت الإيضـاح لجواز أن يتضح عقيب ضربه بسبب آخـر، ولا بد من تعبير المـوضحة فى إيجاب القصـاص، لأنه إن كان فى رأسه موضحـتان فيحـتاجان إلى بيان ما شـهدا به منهما، وإن كـانت واحدة فيحتـمل أن يكون قد أوسعهـا غير المشهود علـيه فيجب أن يعينها الشـاهدان فيقولان هذه، فإن قـالا: أوضحه فى موضع كذا من رأسـه موضحة قدر مـساحتها كـذا وكذا قبلت شهادتهـما، وإن قالا: لا نعلم قدرها أو موضعها لم يحكم بالقصاص، لأنه يتـعذر مع الجهالة، وتجب دية الموضحة، لأنها لا تختلف باختـلافها، وإن قالا: ضرب رأسـه فأسال دمه فى بازلة، وإن قالا: فـسال دمه لم يثبت شىء لجـواز أن يسيل دمه بسـبب آخر، وإن قالا: نشـهد أنه ضربه فـقطع يده ولم يكن

والثـانى: لا يستوفى وهو قول محمد، لأنه عقوبة على البدن تدرأ بالشبهات أشبه الحد، وللشافعى وجهان كهذين، وأما ما حـدث بعد الاستيفاء فلا يؤثر فى حد ولا حق، لأن الحق استوفى بما ظـاهره الصحة وسوغ الشرع استيـفاءه فلم يؤثر فيه ما طرأ بعده كـما لو لم يظهر شىء.

فـــصل: فأمـا إن أديا الشهادة وهما من أهلهـا ثم ماتا قبل الحكم بهـا، حكم الحاكم بشهادتهمـا سواء ثبتت عدالتهما فى حيـاتهما أو بعد موتهما، وسواء كان الـمشهود به حدًّا أو غيره وكذلك إن جنوا أو أغـمى عليهم، وبهذا قال الشافعى، لأن المـوت لا يؤثر فى شهادته ولا يدل على الكذب فيها ولا يحتمل أن يكون مـوجودًا حال أداء الشهادة والجنون، والإغماء فى معناه بخلاف الفسق والكفر.

١٩٠٧- مـسألة: قـال: (**وشهادة العدل على شـهادة العدل جائزة فى كل شىء إلا فى الحدود إذا كان الشاهد الأول ميتًا أو غائبًا**).

الكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة: **أحـدها:** فى جوازها، **والثانى:** فى موضعها، **والثالث:** فى شرطها.

أما الأول فـإن الشهادة على الشهـادة جائزة بإجماع الـعلماء، وبه يقول مالك والشـافعى وأصحاب الرأى: قال أبو عبيد: أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على إمضاء الشهادة على الشهادة فى الأمـوال، ولأن الحاجة داعية إليـها، فإنها لو لم تقبل لـبطلت الشهادة على

أقطع اليدين قبلت شـهادتهما وثبت القصـاص لعدم الاشتباه، وإن كـان أقطع اليدين ولـم يعينا المقطوعة لم يجب قصـاص، لأنهما لم يعينا اليد التى يجب فيها القـصاص منهما وتجب دية اليد، لأنها تختلف باختلاف الأيدى.

فصل: فإن شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمدًا والآخر أنه أقر بقتله ولـم يقل عمدًا ولا خطأ ثبت القتل، لأن البينة قـد كملت عليه ولم تثبت صفتـه فنسأل المشهود عليه عن صـفته، فإن أنكر أصل القـتل لم يقبل إنكاره لقـيام البينة به، وإن أقـر بقتل العـمد ثبت بإقـراره، وإن أقر بالخطأ فأنكر الولى فـالقول قول القاتل، وهل يستـحلف على ذلك؟ يخرج فيه وجـهان، فإن صدقه الولى عن الخطأ ثبت عليـه، وإن أقر بقتل العمد وكـذبه الولى وقال: بل كان خطأ لم يجب القول، لأن الولى لا يـدعيه، وتجب دية الخطأ ولا تحـملها العاقـلة فى هذه المواضع كلها ولا شيئًا منهـا وتكون فى ماله، لأنها لم تثبت ببينة وفى بعضها القـاتل مقر أنها فى ماله دون مال عاقلته، وإن شـهد أحدهما أنه قتله عمدًا وشهـد الآخر أنه قتله خطأ ثبت القتل دون صفته، ويطالب ببيـان صفته على ما ذكرنا، لأن الفعل قد يعتقـده أحدهما خطأ والآخر عمدًا ويكون الحكم كما لو شهد أحدهما أنه أقر بقتله خطأ أن المشهود عليه يسأل على ما ذكرنا فى أول الفصل، فإن شهد أحدهما أنه قتله غدوة والآخر أنـه قتله عشية، أو شهد أحدهما أنه قتله

الوقف، وما يتـأخر إثباته عند الحـاكم ثم يموت شهـوده وفى ذلك ضرر على الناس ومشـقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الأصل.

الفصل الـثانى: أنها تقبل فى الأموال وما يقصد به المال بإجـماع كما ذكر أبو عبيد، ولا تقبل فى حد وهذا قول النخعى والشعبى وأبى حنيفة وأصحابه، وقال مالك والشافعى فى قول وأبو ثور: تقبل فـى الحدود وكل حق، لأن ذلك يثبت بشـهادة الأصل فثـبت بالشـهادة على الشهادة كالمال.

ولنا: أن الحـدود مبنيـة على السـتر والدرء بالشـبهـات والإسقـاط بالرجوع عن الإقـرار والشهادة على الشهادة فيـها شبهة فإنها يتطرق إليها احتمـال الغلط والسهو والكذب فى شهود الفرع مع احتمال ذلك فى شهود الأصل، وهذا احتمال زائد لا يوجد فى شهادة الأصل، وهو معـتبـر بدليل أنها لا تقـبل مع القدرة عـلى شهود الأصـل فوجب أن لا تقـبل فيمـا يندرىء بالشبهـات، ولأنها إنما تقبل للحـاجة ولا حاجة إليهـا فى الحد، لأن ستر صـاحبه أولى من الشهـادة عليه، ولأنه لا نص فيـها ولا يصح قيـاسها على الأمـوال لما بينهمـا من الفرق فى الحاجة والتساهل فيها، ولا يصح قياسها على شهادة الأصل لما ذكرنا من الفرق فبطل إثباتها، وظاهر كلام أحمد أنهـا لا تقبل فى القصاص أيضًا ولا حد القـذف، لأنه قال: إنما تجوز فى الحقوق، أما الدماء والحد فلا، وهذا قول أبى حنيفة.

وقال مالك والشـافعى وأبو ثور: تقبل وهو ظاهر كلام الخـرقى لقوله: فى كل شىء إلا

بسيف وقـال الآخر: بعصـا لم تتم الشهـادة، وذكره القاضى، لأن كل واحـد منهمـا يخالف صاحبه ويكذبه، وهو مذهب الشافعى، وقال أبو بكر: يثبت القتـل لاتفاقهما عليه واختلافهما فى الصفة فيثبت القتل، كما لو شـهد أحدهما بقتل العمد والآخر بقتل الخطأ، والأول أصح، لأن القتل غدوة غير السيف عشية ولا يتـصور أن يقتل غدوة ثم يقتل عشاء ولا أن يقتل بسيف ثم يقتل بعصا بخلاف الخطأ والعمد، فإن الفـعل واحد والخلاف فى نيته وقصده، وقد يخفى ذلك على أحدهمـا دون الآخر، فإن شـهد أحدهمـا أنه قتله وشـهد الآخر أنه أقـر بقتله ثبت القتل، نص عليه أحمد واختاره أبو بكر واختار القاضى أنه لا يثبت وهو مذهب الشافعى، لأن أحدهما شهد بغير ما شهد به الآخر فلم تتفق شهادتهما على فعل واحد.

ولنا: أن الذى أقر به هو القتل الذى شهد به الشاهد فلا تنافى بينهما فيثبت بشهادتهما كما لو شهد أحدهما بالقـتل عمدًا وشهد الآخر بالقتل خطأ، أو كما لو شـهد أحدهما أن له عليه ألفًا وشهد الآخر أنه أقر له بألف.

فـصل: إذا قتل رجل عمدًا قتلاً يوجب القصـاص فشهد أحد الورثة على واحد منهم أنه عفى عن القصاص سقط القود سواء كان الشاهد عـدلاً أو فاسقًا، لأن شهادته تضمنت سقوط حقه من القصاص، وقوله مقبول فى ذلك، فإن أحـد الوليين إذا عفا عن حقه سقط القصاص

فى الحـدود، لأنه حق آدمى لا يسقط بالرجـوع عن الإقرار به، ولا يـستـحب ستـره فأشـبه الأموال، وذكـر أصحابنا هذا رواية عن أحـمد، لأن ابن منصور نقل أن سـفيان قال: شـهادة رجل مكان رجل فى الطلاق جائزة، قال أحـمد: ما أحسن ما قال؟ فجـعله أصحابنا رواية فى القصاص، وليس هذا برواية فإن الطلاق لا يشبه القـصاص، والمذهب أنها لا تقبل فيه، لأنه عقـوبة بدنية تدرأ بالشـبهـات وتبنى على الإسقاط فـأشبـهت الحدود، فأمـا ما عـدا الحدود والقصاص والأموال كالنكاح والطلاق، وسائر ما لا يثبت إلا بشاهدين فنص أحمد على قبولها فى الطلاق والحقوق فيدل على قبولها فى جميع هذه الحقوق وهو قول الخرقى.

وقال ابن حامد: لا تقبل فى النكاح، ونحوه قـول أبى بكر، فعلى قولهما لا تقبل إلا فى المال ومـا يقصد به المال وهو قـول أبى عبيد، لأنه حق لا يثـبت إلا بشاهدين، فأشـبه حد القذف، ووجه الأول: أنه حق لا يدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة كالمال وبهذا فارق الحدود.

الفصل الثالث: فى شروطها ولها ثلاثة شروط: **أحدها:** أن تتعذر شهادة الأصل لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان أو غيـره، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعى، وحكى عن أبى يوسف ومـحمـد جوازها مع القـدرة على شهادة الأصـل قياسًـا على الرواية وأخبار الديانات.

وروى عن الشعبى أنهـا لا تقبل إلا أن يموت شاهد الأصل، لأنهما إذا كـانا حيين رجى حضورهما فكانا كالحاضرين، وعن أحـمد مثل هذا إلا أن القاضى تأوله على الموت وما فى معناه من الغيبة البعيدة ونحوها، ويمكن تأويل قول الشعبى على هذا فيزول هذا الخلاف.

كله ويشبه هذا ما لو كان عـبد بين شريكين فشهد أحدهما أن شريكه أعتق نـصيبه وهو موسر عتق نصيب الشاهد، وإن أنكره الآخر، فإن كان الشـاهد شهد بالعفو عن القصاص والمال لم يسقط المال، لأن الشاهد اعترف أن نصيبه سقط بغير اختياره، فأما نصيب المشهود عليه، فإن كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته فالقول قول المشهود عليه مع يمينه إذا حلف ثبتت حصته من الدية وإن كان مقـبول القول حلف الجانى معـه وسقط حق المشهود علـيه ويحلف الجانى أنه عفا عن الدية ولا يحتاج إلى ذكر العفو عن القصاص، لأنه قد سقط بشهادة الشاهد فلا يحتاج إلى ذكره فى اليمين، لأنه إنما حلف على ما يدعى ولا يدعى عليه غير الدية.

فصل: إذا جرح رجل فشهد له رجلان من ورثته غير الوالدين والمولودين وكانت الجراح مندملة قبلت شهـادتهما، لأنهما يجران إلى أنفـسهما نفعًا، وإن كـانت غير مندملة لم يحكم بشهـادتهما وقـد ذكرناه، وإن شهـد وارث المريض له بمـال ففى قبـول شهاداتهم وجـهان: **أظهرهما:** قبولها كما لو شهدا له وهو صحيح.

والثانى: لا تقبل، لأنه متى ثبت المال للمريض تعلق حق ورثته به، ولهذا لا ينفذ تبرعه فيه فـيما زاد على الثلث، وإن شـهد لمجروح بالجـرح من لا يرثه لكونه محجوبًا كـالأخوين

ولنا: على اشتـراطه تعذر شـهادة شاهد الأصل، أنه إذا أمكن الـحاكم أن يسمع شـهادة شاهدى الأصل استغنى عن البحث عن عدالة شاهدى الفرع وكان أحوط للشهادة، فإن سماعه منهما مـعلوم وصدق شاهدى الفرع مظنون، والعمل باليـقين مع إمكانه أولى من اتباع الظن، ولأن شهـادة الأصل تثبت نفس الحق وهذه إنمـا تثبت الشهـادة عليه، ولأن فى شهـادة الفرع ضعفًـا، لأنه يتطرق إليها احـتمالان: احتمـال غلط شاهدى الأصل، واحتمـال غلط شاهدى الفرع فيكون ذلك وهنًا فيها، ولذلك لم تنتهض لإثبـات الحدود والقصاص فينبغى أن لا تثبت إلا عند عدم شاهدى الأصل كسائر الأبدال ولا يصح قيـاسها على أخبار الديانات، لأنه خفف فيها، ولهذا لا يعـتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ، والحاجـة داعية إليها فى حق عموم الناس بخلاف مسألتنا.

ولنا: على قبولها عند تعـذرها بغير الموت أنه تعذرت شهادة الأصل فتـقبل شهادة الفرع كما لو مات شـاهدى الأصل ويخالف الحاضرين، فإن سـماع شهادتهما ممكن فـلم يجز غير ذلك.

إذا ثبت هذا فذكر القاضى أن الغيبة المشـترطة لسماع شهادة الفرع أن يكون شاهد الأصل بموضع لا يمكنه أن يشهـد ثم يرجع من يومه، وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامـد من أصحاب الشافعى، لأن الشاهد تشق عليه المطالبة بمـثل هذا السفر، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلا يُضَـارَّ كَاتِبٌ وَلا شَهِيدٌ﴾ (البـقرة: ٢٨٢)وإذا لم يكلف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتيج إلى سماع شهادة الفرع.

يشهـدان لأخيهـما وله ابن سمـعت شهادتهـما فإن مـات ابنه نظرت، فإن كـان الحاكم حكم بشهادتهما لم ينقض حكمه، لأن ما يطرأ بعد الحكم بالـشهادة لا يؤثر فيها كالفسق، وإن كان ذلك قبل الحكم بالشهادة لم يحكم بها، لأنهما صارا مستـحقين فلا يحكم بشهادتهما كما لو فسق الشـاهدان قبل الحكم بشـهادتهـما، وإن شهـد على رجل بالجرح المـوجب للدية على العاقلة فشهد بعض عاقلة المشهود عليه بجـرح الشهود لم تقبل شهادته، وإن كان فقيرًا، لأنه قد يكون ذا مال وقت العقل فيكون دافعًا عن نفسه ويحـتمل أن تقبل، لأنهما لا يحملان شيئًا من الدية، وإن كان الجرح مما لا تحمله العاقلة كجراحة العـمد سمعت شهادتهما، لأنهما لا يدفعان عن أنفسهما ضرراً، وإن كان الشاهدان شهدا على إقراره بالجرح قبلت، لأن العاقلة لا تحمل الاعـتراف، وإن كانت شهـادتهما بجرح عـقله دون ثلث الدية خطأ وكانت شهادتـهما بالجرح قبل الاندمال لم تقبل، لأنها ربما صارت نفسًـا فتحملها، وإن كان بعده قبلت، لأنها لا تحمل ما دون ذلك.

فــصل: وإذا شهد رجلان على رجلين أنهما قتلا رجلاً ثـم شهد المشهود عليهما على الأولين أنهمـا اللذان قتلاه فـصدق الولى الأولين وكذب الآخـرين وجب القتل عليهـما، لأن

وقال أبو الخطاب: تعتبر مسافة القصر وهو قول أبى حنيفة وأبى الطيب الطبرى(٤٨) مع اختلافهم فى مسافة القصر كل على أصله، لأن ما دون ذلك فى حكم الحاضر فى الترخص وغيره بخلاف مسافة القصر ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم، فلو شهدا شاهدا الفرع فلم يحكم بشهادتهما حتى حضر شاهدا الأصل وقف الحكم على سماع شهادتهما، لأنه قدر على الأصل قبل العمل بالبدل فلم يجز العمل به كالمتيمم يقدر على الماء قبل الصلاة، ولأن حضورهما لو وجد قبل أداء شهادة الفرع منع، فإذا طرأ قبل الحكم منع منه كالفسق.

الشرط الثانى: أن تتحقق شروط الشهادة من العدالة وغيرها فى كل واحد من شهود الأصل والفرع على الوجه الذى ذكرناه، لأن الحكم ينبنى على الشهادتين جميعًا فاعتبرت الشروط فى كل واحد منهما، ولا خلاف فى هذا نعلمه، فإن عدل شهود الفرع شهود الأصل فشهدا بعدالتهما، وعلى شهادتهما جاز بغير خلاف نعلمه، وإن لم يشهدا بعدالتهما جاز ويتولى الحاكم ذلك، فإن علم عدالتهما حكم، وإن لم يعرفها بحث عنها وبهذا قال الشافعى.

وقال الثورى وأبو يوسف: إن لم يعدل شاهدا الفرع شاهدى الأصل لم يسمع الحاكم شهادتهما، لأن ترك تعديله يرتاب به الحاكم وليس بصحيح، لأنه يجوز أن لا يعرفا ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ويجوز أن يعرفا عدالتهما ويتركاها اكتفاء بما يثبت عند الحاكم من عدالتهما ولا بد من استمرار هذا الشرط ووجود العدالة فى الجميع إلى قضاء الحكم، لما ذكرنا فى شاهد الأصل قبل هذا، وإن مات شهود الأصل والفرع لم يمنع الحكم، وكذلك لو

الولى يكذبهما وهما يدفعان بشهادتهما عن أنفسهما ضررًا، وإن صدق الجميع بطلت شهادتهم أيضًا، لأنه بتصديق الأولين مكذب للآخرين وتصديقه الآخرين تكذيب للأولين، وهما متهمان لما ذكرناه **فإن قيل:** فكيف تتصور هذه المسألة والشهادة إنما تكون بعد الدعوى فكيف يتصور فرض تصديقهم وتكذيبهم؟ **قلنا:** يتصور أن يشهدا قبل الدعوى إذا لم يعلم الولى من قتله، ولهذا روى عن النبى ﷺ أنه قال: «خير الشهداء الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها» وهذا معنى ذلك.

فصل: (الثالث: ما ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال فى غالب الأحوال غير الحدود والقصاص، كالنكاح والطلاق والرجعة والنسب والعتق والولاء والوكالة فى غير المال والوصية إليه وما أشبه ذلك، فلا يقبل فيه إلا رجلان، وعنه فى الرجعة والنكاح والعتق أنه يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين، وعنه فى العتق أنه يقبل فيه شاهد ويمين المدعى، وقال القاضى: النكاح وحقوقه من الطلاق والخلع والرجعة لا يثبت إلا بشاهدين، رواية واحدة والوكالة والوصية والكتابة ونحوها تخرج على الروايتين).

(٤٨) أبو الطيب طاهر بن عبد الله بن طاهر الطبرى، أحد حملة مذهب الإمام الشافعى ورفقائه، توفى سنة خمسين وأربعمائة. طبقات الشافعية (٥/ ١٢ - ٥٠).

مات شهود الأصل قبل أداء الفروع شـهادتهم، لم يمنع من أدائها والحكم بها، لأن موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعًا، وكذلك إن جنوا لأن جنونهم بمنزلة موتهم.

الشـرط الـثـالث: أن يعينا شاهدى الأصل ويسـمياهما، وقال ابن جـرير: إذا قالا ذكرين حرين عـدلين جاز، وإن لم يسميـا، لأن الغرض معرفـة الصفات دون العين وليس بصـحيح لجواز أن يكونا عدلين عندهما مجروحين عند غيـرهما، ولأن المشهود عليه ربما أمكنه جرح الشهود فإذا لم يعرف أعيانهما تعذر عليه ذلك.

الشرط الرابع: أن يسترعيه شاهد الأصل الشهادة فيقول: أشهد على شهادتى أنى أشهد أن لفلان على فـلان كذا أو أقر عندى بكذا، أو سمع شـاهدًا يسترعى آخر شـهادة يشهده علـيها فيجوز لهذا السامع أن يشهد بها لحـصول الاسترعاء، ويحتمل أن لا يجوز له أن يشهد إلا أن يسترعـيه بعينه، وهو قول أبى حنـيفة، قال أحمـد: لا تكون شهادة إلا أن يشهـدك، فأما إذا سمعته يتحدث فإنما ذلك حديث وبما ذكـرناه قال الشافعى وأصحاب الرأى وأبو عبيد فأما إن سمع شاهدًا يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يـشهد بحق يعزيه إلى سبب نحو أن يقول أشهد أن لفلان على فلان ألفًا من ثمن مبيع فهل يشهد به؟ قال أبو الخطاب فيه روايتان.

وذكر القـاضى أن له الشهادة به وهو مـذهب الشافعى لأنه بالشـهادة عند الحاكم ونسبـته للحق إلى سـببه يزول الاحـتمـال ويرتفع الإشكال فتـجوز له الشـهادة على شـهادته كـما لو استرعاه.

والرواية الأخـرى: لا يجوز أن يشهد على شهادته وهو قـول أبى حنيفة وأبى عبيد، لأن

وجـــملة ذلك أن ما ليس بعقوبة ولا يقصد به المـال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والإيلاء والظهار والنسب والتوكـيل والوصية إليه والولاء والكتابة وأشبـاه هذا، فقال القاضى: المعـول عليه فى المـذهب أن هذا لا يثبت إلا بشاهدين ذكـرين ولا تقبل فـيه شهـادة النساء بحـال، وقد نص أحـمد فى رواية الـجمـاعة على أنه لا تجـوز شـهادة النسـاء، فى النكاح والطلاق، وقد نقل عن أحـمد فى الوكالة إن كانت بمطالبـة دين يعنى يقبل فيهـا شهادة رجل وامرأتين، فأما غير ذلك فلا، ووجه ذلك أن الوكالة فى اقتـضاء الدين يقصد منها المال فيقبل فيـها شهادة رجل وامـرأتين كالحواله قـال القاضى: فيـخرج من هذا أن النكاح وحقـوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة وما عداه يخرج على روايتين، وقال أبو الخطاب: فى النكاح والعتاق أيضًا روايتان:

إحداهـما: لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين وهو قول النخعى والزهرى ومالك وأهل المدينة والشافعى، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وربيعة فى الطلاق.

والثانـية: تقبل فيه شهـادة رجل وامرأتين، روى ذلك عن جابر بن زيد وإياس بن معاوية

الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه إلا بإذنه، ومن نصر الأول قال: هذا ينقل شهادتـه ولا ينوب عنه، لأنه لا يشهد مثل شـهادته وإنما يشهـد على شهادته، فـأما إن قال: أشهد أنى أشهد على فلان بكذا فالأشبـه أن يجوز أن يشهد على شهادته وهذا قول أبى يوسف لأن معنى ذلك أشهد على شهادتى.

وقال أبو حنيـفة: لا يجوز إلا أن يقـول: أشهد على شـهادتى أنى أشهـد لأنه، إذا قال: أشهد، فـقد أمره بالشـهادة ولم يسترعـه وما عدا هذه المواضع لا يجـوز أن يشهد فيـها على الشهـادة، فإذا سـمعه يقـول: أشهـد أن لفلان على فـلان ألف درهم لم يجز أن يشـهد على

والشعبى والثورى وإسحاق وأصحاب الرأى، وروى ذلك فى النكاح عن عطاء واحتجوا بأنه لا يسقط بالشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال.

ولنا: أنه ليس بمال ولا يقصـد به المال ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنســاء فى شهادته مدخل كالحـدود والقصاص، وما ذكـروه لا يصح فإن الشبهة لا مـدخل لها فى النكاح، وإن تصور بأن تكون المرأة مرتابة بالحمل لم يصح النكاح.

فصل: وقد نقل عن أحمد فى الإعسار ما يدل على أنه لا يثبت إلا بثلاثة لحديث قبيصة ابن مخـارق وفيه «حتـى يشهد ثلاثة من ذوى الحـجى من قومه لقد أصـابت فلانًا فاقـة» قال أحمد: هكذا جاء الحديث فظاهر هذا أنه أخذ به، وروى عنه لا يقبل أنه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عـدل فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشـهادة النساء على الانفراد إذا لم يحـضره الرجال، قـال القاضى: المذهب فى هذا كـله لا يثبت إلا بشاهدين وحـديث قبيـصة فى حل المسألة لا فى الإعسار.

فـصل: ولا يثبت شىء مما ذكرنا بشاهد ويمـين المدعى لأنه إذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين فلأن لا يثبت بشاهد واحد ويمين أولى، قـال أحمد ومالك فى الشاهد واليمين: إنما يكون ذلك فى الأموال خـاصة لا يقع فى حد ولا نكاح ولا طلاق ولا عـتاقة ولا سـرقة ولا قتل، وعن أحمد فى العتق أنه يثبت بشاهد ويمين العبد ذكره الخرقى فقال: إذا ادعى العبد أن سيده أعتقه وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصـار حرًا ونص عليه أحمد وقال فى الشريكين فى عبد ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا معسرين عدلين فللعبد أن يحلف مع كل واحد منهـما ويصير حـرًا أو يحلف مع أحدهما ويصـير نصفـه حرًا فيخـرج مثل هذا فى الكتاب والولاء والوصية والوديعة والوكالة فيكون فى الجمـيع روايتان ما خلا العقوبات البدنية والنكاح وحقوقه فإنه لا يثبت بشاهد ويمين قولاً واحدًا قال القاضى: المعمول عليه فى جميع ما ذكرناه أنه لا يثبت إلا بشاهدين، وهو قـول الشافعى، وقد روى الدارقطنى بإسناده عن أبى هريرة ﷺ عن النبى ﷺ قال: «استشرت جبريل فى القضاء باليمين مع الشاهد فأشار على فى الأمـوال لا تعدو ذلك» وقـال عمـرو بن دينار عن ابن عـباس عن النبى ﷺ أنه قـضى

شهادته، لأنـه لم يسترعه الشهـادة فيحتـمل أن يكون وعده بها وقد يوصف الوعـد بالوجوب مجـازًا، فإن النبى ﷺ قـال: «العدة دين»(٤٩) ويحتـمل أن يريد بالشهادة الـعلم فلم يجز لسامعـه الشهادة به، فـإن قـيل: فلو سمع رجلاً يقول: لفـلان على ألف درهم جاز أن يشهد بذلك فكذا هذا، قلنا: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الشهادة تحتمل العلم ولا تحتمل الإقرار.

الثانى: أن الإقرار أوسع فى لزومه من الشهادة بدليل صحته فى المجهول، وأنه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشـهادة، ولأن الإقرار قول الإنسان على نفسه وهو غير مـتهم عليها فيكون أقوى منها، ولهذا لا تسمع الشهـادة فى حق المقر ولا يحكم بها، ولو قال شاهد الأصل: أنا أشهد أن لفـلان على فلان ألفًا فاشهـد به أنت عليه، لم يجز أن يشهد على شـهادته، لأنه ما استرعاه شهادته فيشهد عليـها، ولا هو شاهد بالحق، لأنه ما سمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد سببه.

فـــصل: فأما كيفـية الأداء إذا كان قد استرعاه الشهادة، فـإنه يقول: أشهد أن فلان بن

بالشاهد واليمين، قـال: نعم فى الأموال، وتفسير الراوى أولى من تفسيـر غيره، ورواه الإمام أحمد بإسناده وغيره.

فـصل: (**الرابـع**: المال وما يقصد به المال كـالبيع والرهن والقرض والوصية له وجناية الخطأ يقـبل فيه شـهادة رجل وامـرأتين وشاهد ويمـين المدعى وهل يقـبل فى جناية العـمد الموجبة للمال دون القصاص كالهاشمة والمنقلة شهادة رجل وامرأتين؟ على روايتين).

وجملة ذلك أن المال كالقرض والرهون والديون كلها وما يقصد به المال كالبيع والوقف والإجارة والهبـة والصلح والمساقاة والمـضاربة والشركة والوصـية له والجناية الموجـبة للمال كالخطأ وعمد الخطأ والعـمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفـة وما دون الموضحة من الشجاج يثبـت بشهادة رجل وامرأتين، وقال أبو بكر: لا تثبت الجناية فى الـبدن بشهادة رجل وامرأتين، لأنها جناية فأشبهت ما يوجب القصـاص والأول أصح، لأن موجبها المال فأشبهت البيع وفارق مـا يوجب القصاص، لأن القصاص لا تقبل فـيه شهادة النساء كذلك مـا يوجبه، والمال يثبت بشهـادة النساء فكذلك ما يوجبه ولا خلاف فى أن المال يثـبت بشهادة النساء مع الرجال، وقد نص الله تعالى على ذلك فى كتابه العزيز بقوله سبحانه: ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ (البقرة: ٢٨٢)وأجمع أهل العلم على القول به.

---

(٤٩)أخرجه الديلمى فى «مسند الفـردوس» (٣/ ١١١) والطبرانى فى «الأوسط والصغير» كما قـال الهيثمى فى «المجمع» (٤/ ١٦٦) وقـال: وزاد فيه عن على وحده «ويلٌ لمن وعد ثـم أخلف» يقولها ثلاثًا، وفيه حـمزة بن داود ضعفه الدارقطنى، وذكره المنـاوى فى «فيض القدير» (٤/ ٣٧٧) عن على وابن مسعـود، وأشار إلى تضعيـفه وقال الحافظ العـراقى: فى سنده جهالة، وذكره الغـزالى فى «الإحياء» (٢/ ٣٠٧).

فلان، وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدالته، أشهدنى أنه يشهد أن لفلان ابن فلان على فلان ابن فلان، كـذا وكذا، أو أن فـلانًا أقر عندى بكذا، وإن لم يعـرف عدالته لـم يذكرها، وإن سمعه يشـهد غيره قال: أشهـد أن فلان ابن فلان أشهد على شهـادته أن لفلان ابن فلان على فلان ابن فلان، كـذا وكذا، وإن كان سمعه يشـهد عند الحاكم قال: أشهـد أن فلان ابن فلان شهـد على فلان ابن فلان عند الحـاكم بكذا، وإن كان نسب الحق إلى سـببه قال: أشـهد أن فلان ابن فـلان قال أشهـد أن لفلان ابن فلان عـلى فلان ابن فلان كـذا وكذا، من جهـة كذا وكذا، وإذا أراد الحاكم أن يكتب ذلك كتبه على ما ذكرنا فى الأداء.

فـصل: واختلفت الرواية فى شرط خامس، وهو الذكورية فى شـهود الفرع فعن أحمد: أنها شرط، فلا يقبل فى شـهود الفرع نساء بحال، سواء كان الحق مما تقبل فـيه شهادة النساء أولى وهذا قول مـالك والثورى والشافعى لأنهـم يثبتون بشـهادتهم شهادة شـهود الأصل دون الحق، وليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال، فأشبه القصاص والحد.

والثـانيـة: للنساء مدخل فيما لو كان المشـهود به يثبت بشهادتهن فى الأصل قال حرب: قيل لأحمد: فشهادة امرأتين على شهـادة امرأتين تجوز؟ قال: نعم يعنى إذا كان معهما رجل، وذكر الأوزاعـى قال: سمـعت نميـر بن أوس (٥٠) يجيـز شهادة المـرأة على شهـادة المرأة، ووجهه: أن المـقصود بشهـادة الفروع، إثبات الحق الذى يشهـد به شهود الأصل فقـبلت فيه شهادتهن كالبيع، ويفارق الحد والقصاص، فـإنه ليس القصد من الشهادة به إثبات مال بحال،

فصل: وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعية بشاهد ويمين، روى ذلك عن أبى بكر وعثمان وعلى ﷺ، وبه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وشريح والحسن وإياس وعبد الله بن عتبـة وأبو سلمة بن عبد الرحـمن ويحيى بن يعمر وربيعـة ومالك وابن أبى ليلى وأبو الزناد والشافعى ، وقال الشعبى والنخعى وأصحاب الرأى والأوزاعى: لا يقضى بشاهد ويمين وقال مـحمد بن الحـسن: من قضى بالشـاهد واليمين نقـضت حكمه، لأن الله تعـالى قال: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ (البقرة: ٢٨٢) فمن زاد فى ذلك فقد زاد فى النص، والزيادة فى النص نسخ، ولأن النبى ﷺ قال: «البينة على المدعى واليمـين على من أنكر» فحصـر اليمين فى جانـب المدعى عليه كمـا حصر البـينة فى جانب المدعى.

ولنا: ما روى سهـيل عن أبيه عن أبى هريرة ﷺ قال: قضى رسـول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحـد، رواه سعيد بن منصـور فى سننه والأئمة من أهل السنن والمسـانيد، قال الترمذى: هذا حـديث غريب، وفى الباب عن على وابن عباس وجـابر، وقال النسائى: إسناد

---

(٥٠) نميـر بن أوس الأشعرى، قـاضى دمشق، ثقة قليل الحـديث توفى سنة خمسـة عشر ومـائة «تهذيب التهذيب» (١٠/ ٤٢٤).

فأما شهود الأصل فـيدخل النساء فيه، فيجوز أن يشهـد رجلان على شهادة رجل وامرأتين فى كل حق يثبت بشهادتهن مع الرجل فى قـول أكثر أهل العلم، وذكر أبو الخطاب فى المنع منه رواية أخرى، لأن فى الشهادة على الشهادة ضعفًا لمـا ذكرنا من قبل، فلا مدخل للنساء فيها، لأنها تزداد بشهادتهن ضعفًا.

ولنا: أن شهود الفرع إن كانوا يثبتون شهادة الأصل فهى تثبت بشهادتهم، وإن كانوا يثبتون نفس الحق فهى تثبت بشهادتهم، ولأن النساء شـهدن بالمال، أو ما يقـصد به المال فيـثبت بشهادتهن، كما لو أدينها عند الحاكم، وما ذكر للرواية الأخرى لا أصل له.

فـصل: ويجوز أن يشهد كل واحـد من شاهدى الأصل شاهد فرع، فيشهـد شاهدا فرع على شاهدى أصل، قال القاضى: لا يختلف كلام أحـمد فى هذا، وهو قول شريح والشعبى والحسن وابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى، وإسحاق والبتى والعنبرى ونمير بن أوس، وقال إسحـاق: لم يزل أهل العلم على هذا حـتى جاء هؤلاء، وقـال أحمـد: وشاهد على شـاهد يجوز، لم يزل النـاس على ذا شريح فمن دونه، إلا أن أبا حنيـفة أنكره، وذهب أبو عـبد الله ابن بطة إلى أنه لا يقبـل على كل شاهد أصل إلا شاهدا فـرع، وهذا قول أبى حنيفـة ومالك والشافعى، لأن شاهدى الفرع يثبتان شهـادة شاهدى الأصل، فلا تثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين، كما لا يثبت إقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد.

ابن عبـاس فى اليمين مع الشـاهد إسناد جيد، ولأن اليـمين تشرع فـيمن ظهر صدقـه وقوى جانبه، ولذلك شرعت فى حق صاحب اليد لقوة جنبـته بها وفى حق المنكر لقوة جنبته، فإن الأصل براءة ذمته المدعى ههنا قد ظهر صدقه فـوجب أن تشرع اليمين فى حقه ولا حجة لهم فى الآية، لأنها دلت على مـشروعية الشاهد والمـرأتين ولا نزاع فى هذا، وقولهم: إن الزيادة فى النص نسخ غـير صـحـيح، لأن النسخ الرفع والإزالة والزيادة فى الشىء تقـرير له لا رفع والحكم بالشاهد واليـمين لا يمنع الحكم بالشاهديـن ولا يرفعه ولأن الزيادة لو كانت مـتصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسـخًا فكذلك إذا انفصلت عنه، ولأن الآية واردة فى التحمل دون الأداء، ولهذا قال: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَىٰ﴾ (البقرة: ٢٨٢) والنزاع فى الأداء وحديثهم ضعيف، وليس هو للحصـر، بدليل أن اليمين تشرع فى حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفـها فى حق الأمناء لظهور جانـبهم وفى حق اللاعن وفى القسامـة، وتشرع فى حق البائع والمـشترى إذا اختلفا فـى الثمن والسلعة قائمـة، وقول محمد فى نـقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القـول بنقض قضاء رسول الله ﷺ والخلفاء الذين قضوا به، وقد قال الله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ (النسـاء: ٦٥) والقضاء بما قضى به رسول الله ﷺ محمد ابن عبد الله أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له.

ولنا: أن هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يثبته فيثبت، كما لو شهدا بنفس الحق، ولأن شاهدى الفرع بدل من شهود الأصل، فيكفى فى عددها ما يكفى فى شهادة الأصل، ولأن هذا إجماع على ما ذكره أحمد وإسحاق، ولأن شاهدى الفرع لا ينقلان عن شاهدى الأصل حقًا عليهما، فوجب أن يقبل فيه قول واحد كأخبار الديانات، فإنهم إنما ينقلون الشهادة وليست حقًا عليهم، ولهذا لو أنكراها لم يعد الحاكم عليهما ولم يطلبها منهما، وهذا الجواب عما ذكروه، فإذا ثبت هذا فمن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدى فرع أجاز أن يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدى الأصل، وبهذا قال مالك وأصحاب الرأى، وقال الشافعى: ورأيت كثيرًا من الحكام والمفتين يجيزه، وخرجه على قولين: **أحدهما**: جوازه، **والآخر**: لا يجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع، واختاره المزنى، لأن من يثبت به أحد طرفى الشهادة لا يثبت به الطرف الآخر، كما لو شهد أصل مع شاهد ثم شهد مع آخر على شهادة شاهد الأصل الآخر.

فصل: قال القاضى: يجوز أن يحلف على ما لا تجوز الشهادة عليه مثل أن يجد بخطه دينًا له على إنسان وهو يعرف أنه لا يكتب إلا حقًا ولم يذكره أو يجد رزمانج أبيه بخطه دينًا له على إنسان ويعرف من أبيه الأمانة وأنه لا يكتب إلا حقًا فله أن يحلف عليه، ولا يجوز أن يشهد به، ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن إليه جاز أن يحلف عليه ولم يجز أن يشهد به، وبهذا قال الشافعى، والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين.

أحدهما: أن الشهادة لغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه، لأن الحق إنما هو للحالف فلا يزور أحد عليه.

الثانى: أن ما يكتبه الإنسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة والأولى التورع عن ذلك إن شاء الله تعالى.

فصل: وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين فلا فرق بين كون المدعى مسلمًا أو كافرًا عدلاً أو فاسقًا رجلاً أو امرأة، نص عليه أحمد، لأن من شرعت فى حقه اليمين لا يختلف حكمه باختلاف هذه الأوصاف كالمنكر إذا لم تكن بينه.

فصل: قال أحمد: مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد، فإن أبى أن يحلف استحلف المطلوب، وهذا قول مالك والشافعى وروى عن أحمد: فإن أبى المطلوب أن يحلف ثبت الحق عليه.

فصل: ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعى وبه قال الشافعى، وقال مالك: يقبل ذلك فى الأموال، لأنهما فى الأموال أقيمتا مقام الرجل فيحلف معهما كما يحلف مع الرجل، ويحتمل لنا مثل ذلك.

ولنا: أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربعة نسوة، وما ذكروه

ولنا: أنهما شـهدا على قولين فوجب أن يقبل، كـما لو شهدا بإقرارين بحـقين أو بإقرار اثنين، وإنمـا لم يجز أن يشـهد شاهد الأصل فـرعًا، لأنه يؤدى إلى أن يكون بـدل أصلاً فى شهادة بحق، وذلك لا يجوز، ولأنهم يثـبتون بشهادتهم شهادة الأصل وليـست شهادة أحدهم ظرفًا لشهادة الآخر فعلى قول الشـافعى أن يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين، وجب أن يكون شهود الفرع سـتة، وإن كان حق يثبت بأربع نسوة، فوجب أن يكون شهـود الفرع ثمانية، وإن كان المشهود به زنا خرج فيه خمسة أقوال، **أحدها**: لا مدخل لشهادة الفرع فى إثباته.

والثـانى: يجوز، ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشـر، فيشهد على شهادة كل واحد من شهود الأصل أربعة، **الثـالث**: يكفى ثمـانية، **والرابـع**: يكونون أربعة يشهدون على كل واحد، **والخامس**: يكفى شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الأصل، وهذا إثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد.

فـصل: وإن شهد بالحق شاهدا أصل وشاهدا فرع يشـهدان على شهادة أصل آخر جاز، وإن شهد شـاهد أصل وشاهد فرع خرج فيـه من الخلاف ما ذكرنا من قبل، وإن شـهد شاهد أصل، ثم شهد هو وآخر فرعًا على شاهد أصل آخر لم تفد شهادته الفرعية شيئًا، وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته شاهد واحد.

يبطل بهذه الصـورة، فإنهما لو أقـيمتا مـقام رجل من كل وجه لكفى أربع نسوة مـقام رجلين ولقبل فى غـير الأموال شهـادة رجل وامرأتين، لأن شهادة المـرأتين، ضعيفَـة تقوت بالرجل واليمين ضعيفة فيضم ضعيف إلى ضعيف فلا يقبل.

فـصل: ولا يشترط أن يقول فى يمينه: وأن شاهدى صـادق فى شهادته، وقيل يشترط، وهل تقبل شهادة رجل وامرأتين وشاهد ويمين فى دعوى قـتل الكافر لاستحقاق سلبه ودعوى الأسير إسلامًا سابقًا لمنع رقه؟ على روايتين من المحرر.

الخـــامس: ما لا يطلع عليه الرجـال كعيوب النساء تحت الثياب والرضـاع والاستهلال والبكارة والثيوبة والحـيض ونحوه فيقبل فيـها شهادة امرأة واحدة، وعنه لا يقبـل فيها أقل من امرأتين وإن شـهد به لرجل كان أولى بثبوته ولا نعلم بين أهل العلم خـلافًا فى قبول شـهادة النساء المنفردات فى الجملة، قال القاضى: والذى تقبل فيـه شهادتهن منفردات خمسة أشياء: الولادة، والاستـهلال، والرضـاع، والعيوب تحت الثـياب كـالرتق والقرن والبكارة، والثـيابة والبرص وانقضاء العدة، وعن أبى حنيفة لا تقـبل شهادتهن منفردات على الرضاع، لأنه يجوز أن يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح.

ولنا: ما روى عقبة بن الحارث قال: تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب، فأتت أمـة سـوداء فقالت: قد أرضـعتكما، فأتيت النبى ﷺ فذكرت ذلك له فأعـرض عنى ثم أتيته فقلت: يا رسول الله إنها كاذبة فقـال: «وكيف وقد زعمت ذلك؟» ولأنها شهادة على عورة لـلنساء فيها

١٩٠٨- مسألة: قال: **(ويشهد على من سمعه يقر بحق، وإن لم يقل للشاهد اشهد على).**

اختلفت الرواية عن أحمد فى هذه المسألة، فالمذهب ما ذكره الخرقى، وبه قال الشعبى والشافعى، وعن أحمد رواية ثانية: لا يشهد حتى يقول له المقر: اشهد على، كما أنه لا يجوز أن يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه إياها ويقول له: اشهد على شهادتى، وعنه رواية ثالثة: إذا سمعه يقر بقرض لا يشهد، وإذا سمعه يقر بدين يشهد، لأن المقر بالدين معترف أنه عليه، والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز أن يكون اقترض منه ثم وفاه، وعنه رواية رابعة: إذا سمع شيئًا فدعى إلى الشهادة، فهو بالخيار إن شاء شهد، وإن شاء لم يشهد، قال: ولكن يجب عليه إذا أشهد أن يشهد إذا دعى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ (البقرة: ٢٨٢) قال: إذا أشهدوا، وقال ابن أبى موسى: إذا سمع رجلاً يقر لرجل بحق ولم يقل: اشهد على بذلك وسمع الشاهد، فله أن يشهد عليه فيقول أشهد: أنى حضرت إقرار فلان بكذا، ولا يقول: أشهد على إقراره، وإن سمعه يقول: اقترضت من فلان أو قبضت من فلان لم يجز أن يشهد به، والصحيح: الأول، لأن الشاهد يشهد بما علمه، وقد حصل له العلم بسماعه فجاز أن يشهد به، كما يجوز أن يشهد بما رآه من الأفعال وذكر القاضى أن فى الأفعال روايتين:

أحدهما: لا يشهد به حتى يقول المشهود عليه: اشهد، وهذا إن أراد به العموم فى جميع الأفعال فلا يصح، لأن ذلك يؤدى إلى منع الشهادة عليها بالكلية، فإن الغاصب لا يقول لأحد اشهد على أنى أغصب ولا السارق ولا الزانى ولا القاتل وأشباه هؤلاء، وقد شهد أبو بكرة

مدخل فقبل فيها شهادة النساء كالولادة، ويخالف عقد النكاح فإنه ليس بعورة، وحكى عن أبى حنيفة أيضًا أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل فى الاستهلال لأنها تكون بعد الولادة، وخالفه صاحباه وأكثر أهل العلم، لأنها تكون حال الولادة فيتعذر حضور الرجال فأشبهت الولادة نفسها، وقد روى عن على أنه أجاز شهادة القابلة وحدها فى الاستهلال، رواه الإمام أحمد وسعيد بن منصور من حديث جابر الجعفى وأجازه شريح والحسن والحارث العكلى وحماد، فإذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات، فإنه يقبل فيه شهادة المرأة الواحدة، وقال طاوس: تجوز شهادة المرأة فى الرضاع وإن كانت سوداء، وعن أحمد رواية أخرى: لا يقبل فيه إلا امرأتان وهو قول الحكم وابن أبى ليلى وابن شبرمة وإليه ذهب مالك والثورى، لأن كل جنس يثبت به الحق يكفى فيه اثنان كالرجال، ولأن الرجال أكمل منهن ولا يقبل منهن إلا اثنان، وقال عثمان: يكفى ثلاث، لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل، وقال أبو حنيفة: تقبل شهادة المرأة الواحدة فى ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة، وقال عطاء والشعبى وقتادة: لا يقبل فيها إلا أربع، لأنها شهادة

وأصحابه على المغيـرة بالزنا، لم يقل عمر: هل أشهدكم أو لا(٥١)؟ ولم يقل هذا أحـد من الصحابة ولا من غيرهم، ولا قاله الذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر(٥٢)، ولا قاله عمر للذين شهدوا على الوليـد بن عقبة(٥٣)، وإن أراد به الأفعال التى تكون بالتـراضى، كالقرض والقبض فيه وفى الرهن والبيع والافتراق ونحو ذلك جاز.

فـصل: ولو حضر شاهدان حسابًا بين اثنين شرطا عليهمـا أن لا يحفظا عليهما شيئًا كان للشاهدين أن يشـهدا بما سمعـاه منهما ولم يسقط ذلك شـرطهما، لأن للشاهد أن يشـهد بما سمـعه أو علمه، وذلك قد حـصل له سواء أشهـده أو سمعه، وكـذلك يشهدان على العـقود بحضـورها، وعلى الجنايات بمشـاهدتها، ولا يحتـاجان إلى إشهـاد، وبهذا قال ابن سـيرين ومالك والثورى والشافعى.

فصل: والحقوق على ضربين:

أحــدهمــا: حق لآدمى معين، كالحـقوق المالية والنكاح وغيره من العـقود والعقوبات كالقصاص وحد القذف والوقف على آدمى معين فـلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى، لأن الشهادة فيه حق لآدمى فلا تستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه، ولأنها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقدمها عليها.

الضرب الـثانى: ما كان حقّل لآدمى غير معين كالوقف على الفقراء والمساكين أو جميع المسلمين أو على مسجد أو سقاية أو مقـبرة مسبلة أو الوصية لشىء من ذلك ونحو هذا أو ما

من شرطها الحرية فلم تقـبل فيها الواحدة كسائر الشهـادات، ولأن النبى ﷺ قال: «شهادة امرأتين بشهادة رجل».

ولنا: حديث عقبة بن الحارث الذى ذكـرناه، وروى حذيفة أن النبى ﷺ قال: «يجزى فى الرضاع شهادة امرأة واحدة» ولأنه معنى يثبت بقـول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخـبار الديانات، ومـا ذكره الشـافعى من اشتـراط الحرية غـير مسلم، وقـول النبى ﷺ: «شهـادة امرأتين بشـهادة رجل» فى الموضع الذى تشـهد فيـه مع الرجل، فإن شـهد الرجل بذلك قبل وحده وهو قول أبى الخطاب، لأنه أكمل من المـرأة، فإذا اكتفى بها وحدها فلأن يكتفى به أولى، ولأن ما قبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية.

فـصل: قال رحمه الله: **(وإذا شهد بقتل العمـد رجل وامرأتان لم يثبت قصاص ولا دية، وإن شهدوا بالسرقة ثبت المال دون القطع).**

لأن السرقة توجب القطع والمال، فإذا قصـرت عن أحدهما أثبتت الآخر، والقتل يوجب القصاص والمال بدل منه، فإذا لم يثبت الأصل لم يجب بدله، وإن قلنا: مـوجبه أحد شيئين

---

(٥١) تقدم برقم (٥٠) مسألة (١٣٣٦).

(٥٢) تقدم برقم (٣٠) مسألة (١٥٤٠).

(٥٣) تقدم برقم (١٤) مسألة (١٥٩٩).

كان حقًا لله تعالى كـالحدود الخالصة لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تفـتقر الشهادة به إلى تقدم الدعوى، لأن ذلك ليس له مسـتحق معين من الآدميين يدّعـيه ويطالب به، ولذلك شهد أبو بكرة وأصحـابه على المغيـرة، وشهد الجـارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعـون بشرب الخمـر، وشهد ألذين شهـدوا على الوليد بن عقـبة بشرب الخمـر أيضًا من غير تقـدم دعوى فأجيزت شهادتهم، ولذلك لم يعتبر فى ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى منه، وكذلك ما لا يتعلـق به حق أحد الغريمـين كتـحريم الزوجـة بالطلاق أو الظهار أو إعـتاق الرقـيق تجوز الحسبـة به ولا تعتبر فـيه دعوى، ولو شهد شـاهدان بعتق عبد أو أمة ابـتداء ثبت ذلك سواء صدقهـما المشهود بعتـقه أو لم يصدقهما، وبهـذا قال الشافعى وبه قال أبو حنيـفة فى الأمة، وقال فى العبد: لا يثبت ما لم يصدق العبد به ويدّعيه، لأن العتق حقه فأشبه سائر حقوقه.

ولنا: أنها شهادة بعتق فلا تفتقر إلى تقـدم الدعوى كعتق الأمة، ويخالف سائر الحقوق، لأنه حق لله تعالى، ولهذا لا يفـتقر إلى قبول العتق ودليل ذلك الأمة، ومـا ذكروه يبطل بعتق الأمـة، **فإن قـيل**: الأمة يتعلق بإعتـاقها تحريم الوطء **قلـنا:** هذا لا أثر له فـإن المنع يوجب تحريمها عليه ولا تسمع الشهادة به إلا بعد الدعوى.

فـصل: ومن كانت عنده شهادة لآدمى لم يخل إما أن يكون عالمًا بها أو غير عالم، فإن كان عالمًا بها لم يجز للشاهد أداؤها حـتى يسأله ذلك، لقول النبى ﷺ: «خير الناس قرنى

لم يتعين أحدهما إلا بالاختيار فلو أوجبنا الدية وحدها أوجبنا معينًا، وقال ابن أبى موسى: لا يجب المال فيـما إذا شهدوا بالسـرقة، ولأنها شهادة لا توجب الـحد وهو أحد موجبـها فإذا بطلت فى أحدهما بطلت فى الآخر.

2- مـسألة: (وإذا ادعى رجل الخلع قبل فيه رجل وامرأتان أو شاهد ويمين المدعى) .

لأنه يدعى المال الـذى خالعت به، وإن ادعتـه المرأة لم يقـبل فيه إلا رجـلان، لأنها لا تقصد منه إلا الفسخ وخلاصها من الزوج ولا يثبت ذلك بهذه البينة، فأما إن اختلفا فى عوض الخلع خاصة ثبت برجل وامرأتين، وكذلك إن اختلفا فى الصداق لأنه مال.

فـصل: وإن ادعى رجل أنه ضرب أخاه بسهم عمدًا فقتله ونفذ إلى أخيه الآخر فقتله خطأ وأقام بذلك شاهدًا وامرأتين أو شاهدًا وحلف معه ثبت قتل الثانى، لأنه خطأ موجبه المال ولم يثبت قتل الأول، لأنه عمد موجبه القصاص فهـما كالجنايتين المفترقتين، وعلى قول أبى بكر لا يثبت منهما شىء، لأن الجناية عنده لا تثبت إلا بشاهدين سواء كان موجبها المال أو غيره، ولو ادعى رجل على آخر أنه سرق منه وغـصبه مالاً فحلف بالطلاق والعتـاق ما سرق منه ولا غصبه، وأقام المدعى شاهدًا أو امرأتين شهد بالسرقة والغصب، أو شاهدًا وحلف معه استحق المسروق والـمغصوب، لأنه أتى ببـينة يثبت ذلك بمثلها ولم يثـبت طلاق ولا عتق، لأن هذه البينة جحد فى المال دون الطلاق والعتاق وظاهر مذهب الشافعى.

ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم، ثم يأتى قوم ينذرون ولا يوفون ويشهدون ولا يستشهدون، ويخونون ولا يؤتمنون»(٥٤) رواه البخارى، ولأن أداءها حق للمشهود له فلا يستوفى إلا برضاه كسائر حقـوقه، وإن كان المشهود له غـير عالم بها جاز للشاهد أداؤها قـبل طلبها، لأن النبى ﷺ قال: «ألا أنبئكم بخير الشـهداء؟ الـذى يأتى بشهادته قبل أن يُسألها»(٥٥) رواه مـسلم وأبو داود ومـالك، وقال مـالك: هو الذى يأتى بشـهـادته ولا يعلم بهـا الذى هى له، وهذا الحديث وإن كان مطلقًا فـإنه يتعين حمله على هذه الصور جمـعًا بين الحديثين، ولأنه إذا لم يكن عالمًـا بها فتركه طلبـها لا يدل على أنه لا يريد إقامـتها بخلاف العالم بـها وهذا مذهب الشافعى.

فـصل: ويعتبر لفظ الشهادة فى أدائها، فيقول: أشهد أنه أقر بكذا ونحوه ولو قال: أعلم أو أحق وأتيقن أو أعرف لم يعتد به، لأن الشهادة مصـدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الإتيان بفعلها المشتق منها، ولأن فيها معنى لا يحصل فى غيرها من اللفظات بدليل أنها تستعمل فى اليمين فيقال: أشهد بالله، ولهذا تستعمل فى اللعان ولا يحصل ذلك من غيرها، وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه خلافًا.

١٩٠٩- مسألة: قال: **(وتجوز شهادة المستخفى إذا كان عدلاً)**.

المستـخفى هو الذى يخفى نفـسه عن المشهـود عليه ليسمع إقـراره ولا يعلم به مثل من يجحد الحق علانية ويقر به سرًا فيختـبئ شاهدان فى موضع لا يعلم بهما ليسمعا إقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبـولة على الرواية الصحيحة، وبهذا قال عمرو بن حريث(٥٦)، وقـال كذلك يفعل بالخائن والفاجر(٥٧)، وروى مثل ذلك عن شريح وهو قـول الشافعى وروى عن

3- مـسـألة: **(وإذا شهـد رجل وامرأتان لرجل بجارية أنهـا أم ولده وولدها منه قضى له بالجارية أم الولد وهل تثبت حرية الولد ونسبه من مدعيه؟ على روايتين)**.

أمـا الجاريـة فنحكم له بهـا، لأن أم الولد ممـلوكة له، ولهـذا يملك وطأهـا وإجارتهـا وإعارتها وتزويجها ويثبت لها حكم الاستيلاد بإقراره، لأن إقراره ينفذ فى ملكه، ولذلك يثبت بالشاهد والمرأتين والـشاهد واليمين، ولا نحكم له بالولد، لأنه يدعى نسـبه والنسب لا يثبت

---

(٥٤) تقدم برقم (١) من «كتاب النذور».

(٥٥) أخرجـه مسلم فى «الأقضيـة» (٣/ ١٩/ ١٣٤٤) وأبو داود فى «الأقضيـة» (٣/ ح٣٥٩٦) ومالك فى «الموطأ» (٢/ ٧٢٠) وابن ماجه فى «الأحكام» (٢/ ٢٣٦٤) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ١١٥ - ١١٧) (٥/ ١٩٢، ١٩٣).

(٥٦) عمرو بن حـريث بن عمرو المخزومى الكوفى، له صـحبة، ولد أيام بدر وقيل قبل الهـجرة بسنتين، توفى سنة خمس وثمانين (الإصابة/ ٦١٩٤).

(٥٧) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٢٥١) وعـبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٣٥٦) بلفظ تجوز شهادة المختفى إنما يفعل ذلك بالغادر والفاجر.

أحمد رواية أخرى لا تسمع شهادته وهو اختيار أبي بكر وابن أبى موسى وروى ذلك عن شريح(٥٨) والشعبى لأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ (الحجرات: ١٢) وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «من حدث بحديث ثم التفت فهى أمانة»(٥٩) يعنى أنه لا يجوز لسامعه ذكره عنه لالتفاته وحذره، وقال مالك: إن كان المشهود عليه ضعيفًا ينخدع لم يقبلا عليه وإن لم يكن كذلك قبلت.

ولنا: أنهما شهدا بما سمعاه يقينًا فقبلت شهادتهما كما لو علم بها.

بذلك ويدعى حريته أيضًا فعلى هذا نقول: الولد فى يد المنكر مملوكًا له وهذا أحد قولى الشافعى، وقال فى الآخر: يأخذها ووَلدِها ويكون ابنه، لأن من يثبت له العين ثبتت له نماؤها والولد نماؤها وذكر فيها أبو الخطاب عن أحمد روايتين كقول الشافعى.

ولنا: أنه لم يدع الولد ملكًا وإنما يدعى حريته ونسبه، وهذان لا يثبتان بهذه البينة فيبقيان على ما كانا عليه.

فصل: فإن ادعى أنها كانت ملكه فأعتقها لم يثبت ذلك بشاهد وامرأتين، لأن البينة شهدت بملك قديم فلم يثبت، والحرية لا تثبت إلا برجل وامرأتين ويحتمل أن تثبت كالتى قبلها.

باب الشهادة على الشهادة والرجوع عن الشهادة

(تقبل الشهادة على الشهادة فيما يقبل فيه كتاب القاضى وترد فيما يرد فيه).

الكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة: **أحدها:** جوازها، **والثانى:** فى موضعها، **والثالث:** فى شرطها، أما الأول فإن الشهادة على الشهادة جائزة بإجماع العلماء، وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى، قال أبو عبيد: اجتمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على إمضاء الشهادة على الشهادة فى الأموال، ولأن الحاجة داعية إليها فإنها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الموقوف وما يتأخر إثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده، وفى ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الأصل.

الفصل الثانى: أنها تقبل فى المال وما يقصد به المال كما ذكر أبو عبيد، ولا تقبل فى حد، وهذا قول الشعبى والنخعى وأبى حنيفة، وقال مالك والشافعى فى قول وأبو ثور: تقبل فى الحدود فى كل حق، لأن ذلك يثبت بشهادة الأصل فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال.

ولنا: أن الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات، والإسقاط بالرجوع عن الإقرار،

---

(٥٨) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٣٥٦) بلفظ: سمعت شريحًا يقول: لا أجيز شهادة مختفى.

(٥٩) أخرجه أبو داود فى «الأدب» (٤/ ٤٨٦٨) والترمذى فى «البر والصلة» (٤/ ١٩٥٩) قال أبو عيسى: حديث حسن وإنما نعرفه من حديث ابن أبى ذئب، وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٣٢٤، ٣٥٢، ٣٨٠، ٣٩٤) وإسناده حسن.

كتـــاب الأقضـــــية

١٩١٠- **مسألة:** قال أبو القاسم رحمه الله: **(وإذا هلك رجل وخلف ولدين ومائتى درهم فأقر أحدهما بمائة درهم دينًا على أبيه لأجنبى دفع إلى المقر له نصف ما فى يده من إرثه عن أبيه إلا أن يكون المقر عدلاً فيشاء الغريم أن يحلف مع شهادة الابن ويأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين).**

هذه المسألة فى الإقرار من بعض الورثة، وقد ذكرناها فى باب الإقرار، وأنه إنما يلزم المقر من الدين بقدر ميراثه منه، وميراثه ههنا النصف فيكون عليه نصف الدين وهو نصف المائة، ونصفها الباقى يشهد به على أخيه، فإن كان عدلاً فشاء الغريم حلف مع شهادته واستحق الباقى، لأنه لا تهمة فى حق الابن المقر، فإنه لا يجر إلى نفسه بهذه الشهادة نفعًا ولا يدفع بها ضررًا، وإن شهد أجنبى مع الوارث المقر كملت الشهادة وحكم للمدعى بما شهدا به له إذا كانا عدلين، وأديا الشهادة بلفظ الشهادة، ولا يكتفى بلفظ الإقرار فى الشهادة لما ذكرنا من قبل، وإن كان الإقرار من اثنين من الورثة عدلين مثل أن يخلف ثلاثة بنين فيقر اثنان منهم بالدين ويشهدان به، فإن شهادتهما تقبل ويثبت باقى الدين فى حق المنكر، وبهذا كله قال الحسن والشعبى والشافعى وابن المنذر، وقال حماد وأصحاب الرأى: المقر به كله فى نصيب المقر وهو قول الشعبى، وعلى هذا ينبغى أن لا تقبل شهادة المقر بالدين، لأنه

والشهادة على الشهادة فيها شبهة فإنها يتطرق إليها احتمال الغلط والسهو والكذب فى شهود الفرع مع احتمال ذلك فى شهود الأصل، وهذا احتمال زائد لا يوجد فى شهود الأصل، وهو معتبر بدليل أنها لا تقبل مع القدرة على شهود الأصل فوجب أن لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ولأنها إنما تقبل للحاجة ولا حاجة إليها فى الحد، لأن ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ولأنه لا نص فيها ولا يصح قياسها على شهادة الأصل لما ذكرنا فيبطل إثباتها، وظاهر كلام أحمد أنها لا تقبل فى القصاص أيضًا ولا حد القذف، لأنه قال: إنما يجوز فى الحقوق، أما الدماء والحد فلا، وهذا قول أبى حنيفة، وقال مالك والشافعى: يقبل وهو ظاهر كلام الخرقى، لقوله: فى كل شىء إلا فى الحدود، ولأنه حق آدمى لا يسقط بالرجوع عن الإقرار به ولا يستحب ستره فأشبه الأموال، وذكر أصحابنا هذا رواية فى الطلاق وليس هذا برواية، فإن الطلاق لا يشبه القصاص، والمذهب أنها لا تقبل فيه لأنه عقوبة فيه، تدرأ بالشبهات وتبنى على الإسقاط فأشبهت الحدود، فأما ما عدا الحدود والقصاص والأموال كالنكاح والطلاق وسائر ما لا يثبت إلا بشاهدين فنص أحمد على قبولها فى الطلاق والحقوق، فدل على قبولها فى جميع هذه الحقوق، وهذا قول الخرقى، وقال ابن حامد: لا تقبل فى النكاح ونحوه قول أبى بكر، فعلى قولهما لا تقبل إلا فى المال وما يقصد به المال وهو قول أبى

يجر بشهادته نفعًا إلى نفسه وهو إسقاط بعض ما أقر به عن نفسه والإقرار بوصية تخرج من الثلث كالإقرار بالدين فيما ذكرناه.

فصل: ولو ثبت لرجل على رجل دين ببينة لم يمنع ذلك قبول شهادته عليه بدين أو وصية فى قول عامة أهل العلم إلا ابن أبى ليلى، قال: لا تقبل شهادته على غريمة الميت بذلك فيحتمل أنه منع من ذلك لئلا يواطىء من يشهد له بدين فيحاص الغرماء بما شهد له به ثم يقاسمه.

ولنا: أنه عدل غير مهتم فتقبل شهادته له كغيره وذلك، لأنه لم يجر بشهادته إلى نفسه نفعا ولا يدفع به ضرا بل يضر نفسه بها لكون المشهود له يزاحمه فى الاستيفاء وينقص ما يأخذه فهو أقرب إلى الصدق وأحرى أن تقبل شهادته، وما ذكرناه له من الاحتمال يوجد فى الأجنبى فلم يمنع قبول شهادته.

١٩١١- **مسألة:** قال: **(ولو هلك رجل عن ابنين وله حق بشاهد وعليه من الدين ما يستغرق ميراثه فأبى الوارثان أن يحلفا مع الشاهد لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت ويستحق، فإن حلف الوارثان مع الشاهد حكم بالدين فدفع إلى الغريم).**

وجملته: أن الرجل إذا مات مفلسًا وادعى ورثته دينًا له على رجل فأنكر فأقاموا شاهدًا عدلاً وحلفوا معه حكم بالدين للميت ثم تقضى منه ديونه ثم تنفذ وصاياه من الثلث إلا أن

عبيد، لأنه حق لا يثبت إلا بشاهدين فأشبه حد القذف، ووجه الأول أنه حق لا يدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال وبهذا فارق الحدود.

الفصل الثالث: فى شروطها وهى ثلاثة: **أحدها:** أن تتعذر شهادة شهود الأصل بموت أو مرض أو غيبة إلى مسافة القصر، وعنه لا تقبل إلا أن يموت شاهد الأصل.

هذا أحد الشروط وهو تعذر شهادة الأصل لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان أو غيره، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعى، وحكى عن أبى يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الأصل قياسًا على الرواية وأخبار الديانات، وروى عن الشعبى أنها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الأصل، لأنهما إذا كان حين رجى حضورهما فكانا كالحاضرين، وعن أحمد مثل ذلك إلا أن القاضى تأوله على الموت وما فى معناه من الغيبة البعيدة ونحوها، ويمكن تأويل قول الشعبى على هذا فيزول هذا الخلاف.

ولنا: على اشتراط تعذر شاهد الأصل أنه إذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدى الأصل يستغنى عن البحث عن عدالة شاهدى الفرع، وكان أحوط للشهادة فإن سماعه منهما معلوم وصدق شاهدى الفرع عليهما مظنون، والعمل باليمين مع إمكانه أولى من اتباع الظن، ولأن شهادة الأصل تثبت نفس الحق، وهذا إنما تثبت الشهادة عليه، ولأن فى شهادة الفرع ضعفًا، لأنه يتطرق إليها احتمالان: احتمال غلط شاهدى الفرع فيكون ذلك وهنًا فيها، ولذلك

يجيز الورثة، فإن أبى الورثة أن يحلفوا لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت، وبهذا قال إسحاق وأبو ثور والشافعى فى الجديد، وقال فى القديم: للغريم أن يحلف ويستحق وهذا قول مالك، لأن حقه متعلق به بدليل أنه لو ثبت المال قدم حقه على الورثة وكانت له اليمين كالوارث.

ولنا: أن الدين للورثة دون الغريم فلم يكن له أن يحلف عليه كما لو لم يستغرق الدين ميراثه، والدليل على أنه للوارث، أنه يكتفى بيمينه ولو كان لغيره لما اكتفى بها، ولأن حق الغريم فى ذمة الميت والدين للميت، ولهذا يشهد الشاهد بأن الدين للميت، والذى يحلف معه إنما يحلف على هذا، ولا يجوز للغريم أن يحلف لى فى ذمة المدعى عليه دينا بالاتفاق فلم يجز أن يحلف على دين غيره الذى لا فعل له فيه، لأن النبى ﷺ إنما جعل اليمين للمالك، ولا يلزم على هذا الوكيل، لأنه يحلف على فعل نفسه، ولأن الغريم لو حلف مع الشاهد ثم أبرأ الميت من الدين لرجع الدين إلى الورثة، ولو كان قد ثبت له بيمينه لم يرجع إليهم، وهكذا لو وصَّى الميت لإنسان ثم لم يحلف الورثة لم يكن للموصى له أن يحلف لما ذكرناه.

فصل: فإن حلف أحد الابنين مع الشاهد لم يثبت من الدين إلا قدر حصته، وهكذا إذا ادعى الورثة وصية لأبيهم أو دينًا وأقاموا شاهدًا لم يثبت جميعه إلا بأيمان جميعهم، وإن

لم ينتهض لإثبات الحدود والقصاص فينبغى أن لا تثبت إلا عند عدم شهادة الأصل كسائر الأبدال، ولا يصح قياسها على أخبار الديانات، لأنه خفف فيها، وكذلك لا يعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ، والحاجة داعية إليها فى حق عموم الناس بخلاف مسألتنا.

ولنا: على قبولها عند تعذرها بغير الموت أنه قد تعذرت شهادة الأصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهد الأصل ويخالف الحاضرين، فإن سماع شهادتهما ممكن فلم يجز غير ذلك إذا ثبت هذا فذكر القاضى: أن الغيبة المشروطة لسماع شهادة الفرع أن يكون شاهد الأصل بموضع لا يمكن أن يشهد ثم يرجع من يومه، وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعى، لأن الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر، وقد قال تعالى: ﴿**وَلا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلا شَهِيدٌ**﴾ (البقرة: ٢٨٢) وإذا لم يكلف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتيج إلى سماع شهادة الفرع، وقال أبو الخطاب: تعتبر مسافة القصر، وهو قول أبى حنيفة وأبى الطيب الطبرى مع اختلافهم فى مسافة القصر كل على أصله، لأن ما دون ذلك فى حكم الحاضر فى الترخص وغيره بخلاف مسافة القصر ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

أ- **مسألة:** (ولا يجوز لشاهد الفرع أن يشهد حتى يسترعيه شاهد الأصل فيقول: اشهد على شهادتى أنى أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه أقر عندى أو أشهدنى على نفسه طوعًا بكذا، أو شهدت عليه أو أقر عندى بكذا، وإن سمعه يقول: أشهد على فلان

حلف بعضهم ثبت من الدين والوصية بقدر حقه ولا يشاركه فيه باقى الورثة، لأنه لا يثبت لهم حق بدون أيمانهم ولا يجوز أن يستحقوا بيمين غيرهم ويقضى من دين أبيه بقدر ما ثبت له، فإن كان فى الورثة صغير أو معتوه وقف حقه حتى يبلغ الصغير ويعقل المعتوه، لأنه لا يمكن أن يحلف على حاله ولا يحلف وليه لكون اليمين لا تدخلها النيابة، وإن كان فيهم أخرس مفهوم الإشارة حلف وأعطى حصته، وإن لم تفهم إشارته وقف حقه أيضًا، فإن مات أو مات الصبى والمعتوه قام ورثتهم مقامهم فى اليمين والاستحقاق فإن طالب أولياؤهما فى حياتهما بحبس المدّعى عليه حتى يبلغ الصبى ويفيق المجنون ويعقل الأخرس الإشارة أو بإقامة كفيل لم يجابوا إلى ذلك، لأن الحبس عذاب لا يستحق على من لم يثبت عليه حق.

فصل: وتركة الميت يثبت الملك فيها لورثته وسواء كان عليه دين أو لم يكن، نص عليه أحمد فيمن أفلس ثم مات قال: قد انتقل المبيع إلى الورثة وحصل ملكًا لهم، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: إن كان الدين يستغرق التركة منع نقلها إلى الورثة فإن كان لا يستغرقها لم يمنع انتقال شىء منها.

وقال أبو سعيد الاصطخرى: يمنع بقدره وقد أومأ أحمد إلى مثل هذا فإنه قال فى أربعة بنين ترك أبوهم دارًا وعليه دين فقال أحد البنين: أنا أعطى ودعوا لى الربع فقال أحمد: هذه الدار للغرماء لا يرثون شيئًا حتى يؤدوا الدين وهذا يدل على أنها لم تنتقل إليهم عنده، لأنه

بكذا لم يجز أن يشهد إلا أن يسمعه يشهد عند الحاكم أو يشهد بحق يعزيه إلى سبب من بيع أو إجارة أو قرض فهل يشهد به؟ على وجهين).

يشترط لجواز شهادة الفرع أن يسترعيه على ما ذكرنا فإن سمع شاهدًا يسترعى آخر شهادة يشهد عليها جاز لهذا السامع أن يشهد بها لحصول الاسترعاء، ويحتمل أن لا يجوز له أن يشهد إلا أن يسترعيه بعينه وهو قول أبى حنيفة قال أحمد: لا تكون شهادة إلا أن يكون يشهدك فأما إن سمعه يتحدث فإنما ذلك حديث، وبما ذكرناه قال الشافعى وأصحاب الرأى وأبو عبيد: فأما إن سمع شاهدًا يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يشهد بحق يعزيه إلى سبب نحو أن يقول: أشهد أن لفلان على فلان ألفًا من ثمن مبيع فهل يشهد به؟ فيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب، وذكر القاضى أن له الشهادة وهو مذهب الشافعى، لأنه بالشهادة عند الحاكم ونسبة الحق إلى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الإشكال فتجوز له الشهاد على شهادته كما لو استرعاه، والرواية الأخرى: لا يجوز له أن يشهد على شهادته وهو قول أبى حنيفة وأبى عبيد، لأن الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه إلا بإذنه، ومن نصر الأول قال: هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه، لأنه لا يشهد مثل شهادته إنما شهد على شهادته، فأما إن قال: أشهد أنى أشهد على فلان بكذا فالأشبه أن يجوز أن يشهد على شهادته وهو قول أبى يوسف، لأن معنى ذلك، أشهد على شهادتى أنى أشهد، لأنه إذا قال: أشهد فقد أمره بالشهادة ولم يسترعه، وما

يمنع الوارث من إمساك الربع بدفع قيمتـه، لأن الدين لم يثبت فى ذمم الورثة فيجب أن يتعلق بالتركة، والمذهب الأول، ولهـذا قلنا: إن الغريم لا يحلف على دين الميت وذلك لأن الدين محله الذمـة وإنما يتعلق بـالتركة فيـتخيـر الورثة بين قضاء الـدين منها أو من غيـرها كالرهن والجانى، ولهذا لا يلزم للغرماء نفقة العـبيد ولا يكون نماء التركة لهم، ولأنه لا يخلو من أن تنتقـل إلى الورثة أو إلى الغرمـاء أو تبقى للميـت أو لا تكون لأحد، لا يجوز أن تنـتقل إلى الغرماء، لأنها لو انتقلت إليهم لزمهم نفقة الحـيوان وكان نماؤها لهم غير محسوب من دينهم ولا يجوز أن تبقى للميت لأنه، لم يبق أهلاً للملك، ولا يجوز أن لا تكون لأحد، لأنها مال مملوك فلا بد من مالك، ولأنهـا لو بقيت بغير مالك لأبيحت لمن يتملكها كـسائر المباحات فثبـت أنها انتقلت إلى الورثة، فعلى هذا إذا نـمت التركة مثل أن غلت الدار وأثمـرت النخيل ونتجت الماشـية فهو للوارث ينفرد به لا يتـعلق به حق الغرماء، لأنه نماء ملكه فأشـبه كسب الجانى، ويحـتمل أن يتعـلق به حق الغرماء كنمـاء الرهن، ومن اختار الأول قـال تعلق الحق بالرهن آكد، لأنه ثبت باخـتيار المالك ورضاه ولهـذا منع التصرف فيه وهذا يثـبت بغير رضى المالك ولـم يمنع التصرف فكان أشبه بالجانى.

وعلى الرواية الأخرى: يكون نمـاء التركة حكمه حكم التـركة وما يحتاج إليـه من المؤنة منها، وإن تصرف الورثة فى التركة ببيع أو هبة أو قسمة فعلى الرواية الأولى تصرفهم صحيح،

عدا هذه المواضع لا يجوز أن يشهد فيها على الشهادة، فإذا سمعه يقول: أشهد أن لفلان على فلان ألف درهم، لم يجز أن يشهد على شهادته، لأنه لم يستـرعه الشهادة، فيحتمل أن يكون وعده بها وقد يوصف الوعد بالوجوب مجازًا، فإن النبى ﷺ قال: «العدة دين» ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجز لسامعه الشهادة به، **فإن قيل:** فلو سمع رجلاً يقول: لفلان على فلان ألف درهم جاز أن يشهد بذلك، فكذا هذا، **قلنا:** الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الشهادة تحتمل العلم ولا يحتمل الإقرار ذلك، **الثانى:** أن الإقرار أوسع فى لزومه من الشهادة بدليل صـحته فى المجهول وأنه لا يراعى فيه العـدد بخلاف الشهادة، ولأن الإقرار قول الإنسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها، ولهذا لا تسمع الشهادة فى حق المقر ولا يحكم بها ولو قال شاهد الأصل: أنا أشهـد أن لفلان على فلان ألفًا فاشهد به أنت عليه لم يجز أن يشهد على شهادته، لأنه ما استرعاه شهادته فيشهد عليها ولا هو شاهد بالحق، لأنه ما سمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد سببه.

فـصل: فأما كيفية الأداء إذا كان قد استرعاه الشهادة، فإنه يقول: أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدالته أشهدنى أنه يشهد أن لفلان ابن فلان كذا أو أن فلانًا أقر عندى بكذا، وإن لم يعرف عدالته لم يذكـرها وإن سمعه يشهد غيره قـال: أشهد أن فلان بن فلان أشهد على شهادته أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا، وإن كان سمعه يشهد

فإن قضوا الدين وإلا نقضت تصرفاتهم كما لو تصرف السيد في العبد الجاني ولم يقض دين الجناية، وعلى الرواية الأخرى تصرفاتهم فاسدة، لأنهم تصرفوا فيما لم يملكوه.

فصل: إذا خلف ثلاثة بنين وأبوين فادّعى البنون أن أباهم وقف داره عليهم في صحته وأقاموا بذلك شاهدًا واحدًا، حلفوا معه وصارت وقفًا عليهم وسقط حق الأبوين، وإن لم يحلفوا معه ولم يكن على الميت دين ولا له وصية حلف الأبوان وكان نصيبهما طلقًا لهما ونصيب البنين وقفًا عليهم بإقرارهم، لأنه ينفذ بإقرارهم، وإن كان على الميت دين أو وصى بشيء قضى دينه ونفذت وصيته وما بقي بين الورثة فما حصل للبنين كان وقفًا عليهم بإقرارهم، وإن حلف واحد منهم كان ثلث الدار وقفًا عليه والباقي يقضى منه الدين وما فضل يكون ميراثًا فما حصل للابنين منه كان وقفًا عليهما ولا يرث الحالف شيئًا، لأنه يعترف أنه لا يستحق منها شيئًا سوى ما وقف عليه، وإن حلفوا كلهم فثبت الوقف عليهم لم يخل من أن يكون الوقف مرتبًا على بطن ثم على بطن بعد بطن أبدًا أو مشتركًا، فإن كان مرتبًا فإذا انقرض الأولاد الثلاثة انتقل الوقف إلى البطن الثاني بغير يمين، لأنه قد ثبت كونه وقفًا بالشاهدين ويمين الأولاد فلم يحتج من انتقل إليه إلى بينة كما لو ثبت بشاهدين وكالمال الموروث، وكذلك إذا انقرض الأولاد ورجع إلى المساكين لم يحتاجوا في ثبوته لهم إلى يمين لما ذكرناه.

عند الحاكم قال: أشهد أن فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا، وإن كان نسب الحق إلى سببه قال: أشهد أن فلان بن فلان قال: أشهد أن لفلان بن فلان على فلان ابن فلان كذا وكذا من جهة كذا وكذا، وإذا أراد الحاكم أن يكتب ذلك كتبه على ما ذكرنا.

فصل: ويشترط أن يعينا شاهدي الأصل على ما ذكرنا ويسمياهما، وقال ابن جرير إذا قالا: ذكرين حرين عدلين جاز وإن لم يسميا، لأن الغرض معرفة الصفات دون العين، وليس بصحيح لجواز أن يكونا عدلين عندهما وهما مجروحان عند غيرهما، ولأن المشهود عليه ربما أمكنه جرح الشهود فإذا لم يعرف أعيانهما تعذر عليه ذلك.

2- مسألة: (وتثبت شهادة شاهدي الأصل بشهادة شاهدين يشهدان عليهما سواء شهدوا على كل واحد منهما أو شهد على كل واحد منهما شاهد من شهود الفرع، وقال أبو عبد الله بن بطة: لا يثبت حتى يشهد أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع).

وجملة ذلك أنه يجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدي الأصل شاهد فرع فيشهد شاهدا فرع على شاهدي أصل، قال القاضي: لا يختلف كلام أحمد في هذا، وهو قول شريح والشعبي والحسن وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وإسحاق والبتي والعنبري، وقال إسحاق: لم يزل أهل العلم على هذا حتى جاء هؤلاء، قال أحمد: وشاهد على شاهد يجوز لم يزل الناس على ذا شريح فمن دونه إلا أن أبا حنيفة أنكره، وذهب أبو عبد الله بن بطة إلى

وإن انقرض أحد الأولاد انتــقل نصيبه منه إلى إخوته أو إلى من شرط الواقف انتــقاله إليه بغير يمين لما ذكرنا فإن امتنع البطن الأول من اليمــين فقد ذكرنا أن نصيبهم يكون وقفًا عليهم بإقرارهم فإذا انقرضوا كان ذلك وقفًا على حــسب ما أقروا به فإن كان إقرارهم أنه وقف عليهم ثم على أولادهم فـقال أولادهم: نحن نحلف مع شــاهدنا لتكون جمـيع الدار وقفًــا لنا فلهم ذلك، لأنهم ينقلون الوقف من الواقف فلهم إثبــاته كالبطن الأول، فأمــا إن حلف أحد البنين ونكل أخواه ثم مــات الحالف ونظرت، فإن مــات بعد موت إخــوته صرف نصيــبه إلى أولاده وجهًا واحدًا، وإن مات فى حياة إخوته ففيه ثلاثة أوجه:

أحـــــدها: ينصرف إلى إخــوته لأنه لا يثبت للبطن الثانى شىء مع بقــاء أحد من البطن الأول.

والثانى: ينتقل إلى أولاده، لأن أخويه أسقطا حقهما بنكولهما فصارا كالمعدومين.

والثــالث: يصرف إلى أقرب عصبــة الواقف، لأنه لم يمكن صرفه إلى الأخوين ولا إلى البطن الثانى، لما ذكرنا فيصرف إلى أقــرب عصبة الواقف إلى أن يموت الأخوان ثم يعود إلى البطن الثانى، والأول: أصح، لأن الأخوين لم يسقطا حــقوقهما وإنما امتنعا مــن إقامة الحجة عليه، ولذلك لو اعترف لهما الأبوان ثبت الوقف من غير يمين وهـٰهنا قد حصل الاعتراف من البطن الثانى فوجب أن ينصرف إليهما لحصول الاتفاق من الجميع على استحقاقهما له.

فــإن قــيل: فإذا كان البطن الثانى صغــارًا فما حصل الاعتراف منهم، **قــلنــا:** قد حــصل الاعتراف من الحالف الذى ثبتت الحجة بيمينه وبالبينة التى ثبت بها الوقف وبها يستحق البطن الثانى فــاكتفى بذلك فى انتقــاله إلى الأخوين كما يكتــفى به فى انتقاله إلى البطن الثــانى بعد

أنه لا يقبل على كل شاهد أصل إلا شاهدا فرع، وهذا قــول أبى حنيفة ومالك والشافعى، لأن شاهدى الفرع يثبتان شهادة شاهدى الأصل فلا تثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين، كما لا يثبت إقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد.

ولنا: أن هذا يثبت بشاهدين وقد شــهد اثنان بما يثبته فيثبت كــما لو شهدا بنفس الحق، ولأن شاهدى الفــرع بدل من شاهدى الأصل فيكفــى فى عددها ما يكفى فى شــهادة الأصل، ولأن هذا إجمــاع على ما ذكــره أحمد وإســحاق ولأن شــاهدى الفرع لا ينقــلان عن شاهدى الأصل حقًا عليهــما فوجب أن يقبل فيه قول واحــد كأخبار الديانات فإنهمــا لا ينقلان الشهادة وليست حــقًا عليهمــا، ولهذا لو أنكراهما لم يعــد الحاكم عليهــما ولم يبطلها منهــما، وهذا الجواب عــما ذكروه، إذا ثبت هذا فمن اعــتبر لكل شــاهد أصل شاهدى فرع أجاز أن يشــهد شاهدان على كل واحد من شــاهدى الأصل، وبه قال مالك وأصحاب الرأى، قــال الشافعى: رأيت كثيرًا من الحكام والمفتين يجيزه وخرجه على قولين: **أحدهــما:** جوازه، **والآخــر:** لا يجوز حتى يكون شــهود الفرع أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فــرع، واختاره المزنى، لأن

انقراض الأخوين، ويدل على صحة هذا أننا اكتفينا بالبينة فى أصل الوقف وفى كيفيته وصفته وترتيبه فيما عدا هذا المختلف فيه فيجب أن يكتفى به فيه، فأما إن كان شرط الواقف أن من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إليه انتقل إلى أولاده وجهًا واحدًا، لأنه لا منازع لهم فيه، وإن مات من غير ولد انتقل إلى أخويه على الوجه الصحيح ويخرج فيه الوجهان الآخران.

الحال الثاني: إذا كان الوقف مشتركًا وهو أن يدّعوا أن أباهم وقف داره على ولده وولد ولده ما تناسلوا فقد شرك بين البطون، ففى هذه الحال إذا حلف أولاده الثلاثة مع شاهدهم ولم يكن أحد من أولادهم معهم موجودًا ثبت الوقف على الثلاثة، وإن كان من أولادهم أحد موجودًا فهو شريكهم فإن كان كبيرًا حلف واستحق، وإن لم يحلف كان نصيبه ميراثًا تقضى منه الديون وتنفذ الوصايا وباقيه للورثة، لأنه يأخذ الوقف ابتداء من الواقف بغير واسطة فهو كأحد البنين، وإن كان صغيرًا أو حدث لأحد البنين ولد يشاركهم فى الوقف أو كان أحد البنين صغيرًا وقف نصيبه من الوقف عليه ولا يسلم إلى وليه حتى يبلغ فيحلف أو يمتنع، لأنه يتلقى الوقف من غير واسطة.

فإن قيل: فلم لم يستحق بغير يمين لكون البنين المستحقين معترفين له بذلك فيكتفى باعترافهم كما لو كان فى أيديهم دار فاعترفوا لصغير منها بشرك، فإنه يسلم إلى وليه؟ **قلنا**: الفرق بينهما أن الدار التى فى أيديهم لم يكن لهم فيها منازع ولا يوجب على أحد منهم فيها يمين، وهذه ينازعهم فيها الأبوان وأصحاب الديون والوصايا، وإنما يأخذونها بأيمانهم، فإذا أقروا بمشارك لهم فقد اعترفوا بأنه كواحد منهم لا يستحق إلا بيمينه كما لا يستحق واحد منهم

من يثبت به أحد طرفى الشهادة لا يثبت به الطرف الآخر كما لو شهد أصلاً ثم يشهد مع آخر على شهادة شاهد الأصل الآخر.

ولنا: أنهما شهدا على قولين فوجب أن يقبل كما لو شهدا بإقرار اثنين أو بإقرارين بحقين، وإنما لم يجز أن يشهد شاهد الأصل فرعًا، لأنه يؤدى إلى أن يكون بدلاً أصلاً بشهادة بحق وذلك لا يجوز ، لأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة الأصل وليست شهادة أحدهما ظرفًا لشهادة الآخر فعلى قول الشافعى، إن يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين وجب أن يكون شهود الفرع ستة، وإن كانت ثبت بأربع نسوة وجب أن يكون شهود الفرع ثمانية، وإن كان المشهود به زنا خرج فيه خمسة أقوال: **أحدها**: لا مدخل لشهادة الفرع فى إثباته، **والثانى**: يجوز، ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر فيشهد على كل واحد من شهود الأصل أربعة، **الثالث**: يكفى ثمانية، **والرابع**: يكون أربعة يشهدون على كل واحد، **والخامس**: يكفى شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الأصل، وهذا إثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد.

فصل: فإن شهد بالحق شاهد أصل وشاهدا فرع يشهدان على شهادة أصل آخر جاز، وإن شهد شاهد أصل وشاهد فرع خرج فيه ما ذكرنا من الخلاف من قبل.

إلا باليمـين، ويفارق ما إذا كـان الوقف مرتبًا على بطن بعـد بطن فإنه لا يشاركـهم أحد من البطن الثانى، فـإذا بلغ الصغيـر الموقوف نصـيبه فـحلف كان له، وإن امتنع نظرت فـإن كان موجودًا حين الدعوى أو قبل حلفهم كان نصيبه مـيراثًا كما لو كان له بالغًا فامتنع من اليمين، فإن حدث بعـد أيمانهم وثبوت الوقف نماء كـان له نصيبه أيضًا، لأن الوقـف ثبت فى جميع الدار بأيمان البنين فلا يبطل بامتناع من حدث إلا أنه إن أقـر أنها ليست وقفًا وكذب البنين فى ذلك كان نصيبه من الغلة ميراثًا حكمه حكم نماء الميراث وإن لم يكذبهم فنصيبه وقف له.

وقال القاضـى: إن امتنع من اليمين رد نصـيبه إلى الأولاد الثلاثة ولم يفـرق بين من كان موجودًا حال الدعوى والحادث بعدها، لأنه لا يجوز أن يسـتحق شيئًا بغير يمينه ولا يجوز أن يبطل الوقف الثابت بأيمانهم فتعين رد نصيبه إليهم.

ولنا: أنه إن كان مـوجودًا حال الدعوى وحلفـهم فهو شريكهم حـين يثبت الوقف، فلم يجز أن يثبت الوقف فى نصيـبه بغير يمينه كالبالغ، وإن كان حـادثًا بعد ثبوت الوقف بأيمانهم فهم مقرون لـه بنصيبه وهو يصدقهم فى إقـرارهم، فلم يجز لهم أخذ نصيبه كـما لو أقروا له بمال، ولأنهم يقرون بأنهم لا يسـتحقون أكثر من ثلاثة أرباع الوقف فلا يجـوز لهم أخذ أكثر من ذلك، وإن مات الصـغير قـبل بلوغه قام وارثه مـقامه فيـما ذكرنا، وإن مـات أحد البنين البالغين قبل بلوغ الصغير وقف أيضًا نصيبه مما كان لعمه الميت وكان الحكم فيه كالحكم فى نصيبه الأصلى.

وقال القاضى: إن بلغ فامتنع من اليمين فـالربع موقوف إلى حين موت الثالث ويقسم بين البالغين وورثة الميت، لأنه كان بيـن الثلاثة ونصيبه من الميت للبالغين الحيـين خاصة لأنهما مستحقا الوقف.

فـــصل: وإن شهد شاهـد أصل ثم شهد هو وآخر فرعًا على شـاهد أصل آخر لم تفد شهادته الفرعية شيئًا، وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته شاهد واحد.

3- مسألة: (ولا مدخل للنساء فى شهادة الفرع) .

عن أحمد أن الذكـورية شرط فلا يقبل فى شهـود الفرع نساء بحال سواء كـان الحق مما يقبل فـيه شهادة النساء أو لا، وهذا قـول الشافعى ومالك والثـورى، لأنهم يثبتون بشـهادتهم شهود الأصل دون الحق وليس ذلك بمـال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجـال فأشبه القصاص والحد **والثانـية:** لهن مدخل فيما كان المشهود به يثبت بشهادتهن فى الأصل، قال حرب: قيل لأحمد فشهادة امرأتين على شهـادة امرأتين تجوز؟ قال: نعم يعنى إذا كان معهما رجل، وذكر الأوزاعى قـال: سمعت نميـر بن أوس يجيز شـهادة المرأة على شهـادة المرأة، ووجهـه أن المقصود بشـهادتهن إثبات الحق الذى شـهد به شهـود الأصل فيدخل النساء فـيه فيجوز أن يشهد رجـلان على رجل وامرأتين، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى: أن النساء ليس

١٩١٢- مسألة: قال: **(ومن ادعى دعوى وذكر أن بينته بالبعد منه فحلف المدعى عليه ثم أحضر المدعى بينته حكم بها ولم تكن اليمين مزيلة للحق)**.

وجملته: أن المدعى إذا ذكر أن بينته بعيدة منه أو لا يمكنه إحضارها أو لا يريد إقامتها فطلب اليمين من المدّعى عليه أحلف له، فإذا حلف ثم أحضر المدّعى ببينة حكم له، وبهذا قال شريح والشعبى ومالك والثورى والليث والشافعى وأبو حنيفة وأبو يوسف وإسحاق، وحكى عن ابن أبى ليلى وداود أن بينته لا تسمع، لأن اليمين حجة المدّعى عليه فلا تسمع بعدها حجة المدعى كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بينة المدعى.

ولنا: قول عمر ﷺ: «البينة الصادقة أحب إلى من اليمين الفاجرة» وظاهر هذه البينة الصدق، ويلزم من صدقها فجور اليمين المتقدمة فتكون أولى، ولأن كل حالة يجب عليه الحق فيها بإقراره يجب عليه بالبينة كما قبل اليمين وما ذكروه لا يصح، لأن البينة الأصل واليمين بدل عنها، ولهذا لا تشرع إلا عند تعذرها والبدل يبطل بالقدرة على المبدل كبطلان التيمم بالقدرة على الماء، ولا يبطل الأصل بالقدرة على البدل ويدل على الفرق بينهما أنهما حال اجتماعهما وإمكان سماعهما تسمع البينة ويحكم بها ولا تسمع اليمين ولا يسأل عنها.

فصل: فإن طلب المدعى حبس المدعى عليه أو إقامة كفيل به إلى أن تحضر بينته البعيدة لم يقبل منه ولم يكن له ملازمة خصمه نص عليه أحمد، لأنه لم يثبت له قبله حق يحبس به ولا يقيم به كفيلاً، ولأن الحبس عذاب فلا يلزم معصومًا لم يتوجه عليه حق، ولأنه لو جاز ذلك لتمكن كل ظالم من حبس من شاء من الناس بغير حق، وإن كانت بينته قريبة فله

لهن مدخل فى الشهادة على الشهادة، لأن فيها ضعفًا لما ذكرنا من قبل فلا مدخل لهن فيها، لأنها تزداد بشهادتهن ضعفًا فاعتبرت تقويتها باعتبار الذكورية فيها فعلى هذه الرواية لا يكن أصولاً ولا فروعًا.

ولنا: أن شهود الفرع إن كانوا يثبتون شهادة الأصول فهى تثبت بشهادتهم وإن كانوا يثبتون نفس الحق فهو يثبت بشهادتهم، ولأن النساء يشهدن بالمال أو ما يقصد به المال فيثبت بشهادتهن كما لو أدينها عند الحاكم، وما ذكر للرواية الأخرى لا أصل له.

4- مسألة: **(قال القاضى: لا تجوز شهادة رجلين على شهادة رجل وامرأتين)**.

نص عليه أحمد، وقال أبو الخطاب: هذه الرواية سهو من ناقلها.

5- مسألة: **(ولا يجوز للحاكم أن يحكم بشهادة شاهدى الفرع حتى تثبت عنده عدالتهما وعدالة شاهدى الأصل)**.

وذلك لأن الحكم ينبنى على الشهادتين جميعًا فاعتبرت الشروط فى كل واحد منهما ولا نعلم فى هذا خلافًا، فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع فشهدا بعدالتهما وعلى شهادتهما جاز بغير خلاف نعلمه، وإن لم يشهدا بعدالتهما جاز، ويتولى الحاكم ذلك فإذا علم عدالتهما

ملازمته حتى يحضرها، لأن ذلك من ضرورة إقامتها فإنه لو لم يتمكن من ملازمته لذهب من مجلس الحاكم ولا تمكن إقامتها إلا بحضرته، ولأنه لما تمكن من إحضاره مجلس الحاكم ليقيم البينة عليه تمكن من ملازمته فيه حتى تحضر البينة وتفارق البينة البعيدة أو من لا يمكن حضورها، فإن إلزامه الإقامة إلى حين حضورها، يحتاج إلى حبس أو ما يقوم مقامه ولا سبيل إليه.

فصل: ولو أقام المدعى شاهداً واحداً ولم يحلف معه وطلب يمين المدعى عليه أحلف له ثم إن أحضر شاهداً آخر بعد ذلك كملت بينته وقضى بها لما ذكرنا فى التى قبلها، وإن قال المدعى: لى بينة حاضرة وأريد إحلاف المدعى عليه ثم أقيم البينة عليه ففيه وجهان:

أحدهما: له ذلك ويستحلف خصمه، لأنه يملك استحلافه إذا كانت بينته بعيدة فكذلك إذا كانت قريبة، ولأنه لو قال: أريد إقامة بينتى القريبة ملك استحلافه فكذلك إذا أراد إقامتها.

الثانى: لا يملك استحلافه، لأن فى البينة غنية عن اليمين فلم تشرع معها، ولأن البينة أصل واليمين بدل فلا يجمع بين البدل والأصل كالتيمم مع الماء، وفارق البعيدة فإنها فى الحال كالمعدومة للعجز عنها، وكذلك التى لا يريد إقامتها، لأنه قد تكون عليه مشقة فى إحضارها أو عليها فى الحضور مشقة فسقط ذلك للمشقة بخلاف التى يريد إقامتها.

١٩١٣- مسألة: قال: **(واليمين التى يبرأ بها المطلوب هى اليمين بالله وإن كان الحالف كافراً).**

حكم وإن لم يعرفهما وهذا مذهب الشافعى وقال الثورى وأبو يوسف: إن لم يعدل شاهد الفرع شاهدى الأصل لم يسمع الحاكم شهادتهما، لأن ترك تعديله يرتاب به الحاكم ولا يصح ذلك، لأنه يجوز أن لا يعرفا ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ويجوز أن يعرفا عدالتهما ويتركانها اكتفاء بما يثبت عند الحاكم من عدالتهما.

6- مسألة: (وإن شهدوا عنده فلم يحكم حتى حضر شهود الأصل وقف الحكم على سماع شهادتهم) .

لأنه قدر على الأصل قبل العمل بالبدل فأشبه المتيمم إذا قدر على الماء فلا تصح صلاته حتى يتوضأ.

7- مسألة: **(وإن حدث منهم ما يمنع قبول شهادتهم لم يجز الحكم)** .

لا بد من اشتراط اسم العدالة فى الجميع إلى استمرار الحكم لما ذكرنا فى شاهد الأصل قبل هذا، فعلى هذا إن رجعوا قبل الحكم لم يحكم بها، لأن الحكم ينبنى عليها فأشبه ما لو فسق شهود الفرع أو رجعوا.

8- مسألة: **(فإن حكم بشهادتهما ثم رجع شهود الفرع لزمهم الضمان)** لأن الإتلاف كان بشهادتهم فلزمهم الضمان كما لو أتلفوا بأيديهم.

وجملته: أن اليمين المشروعة فى الحقوق التى يبرأ بها المطلوب هى اليمين بالله فى قول عامة أهل العلم إلا أن مالكًا أحب أن يحلف بالله الذى لا إله إلا هو، وإن استحلف حاكم بالله أجزأ، قال ابن المنذر: هذا أحب إلى لأن ابن عباس روى أن رسول الله ﷺ استحلف رجلاً فقال له: «قل والله الذى لا إله إلا هو ما له عندك شيئًا» رواه أبو داود(١)، وفى حديث عمر حين حلف لأُبى قال: والله الذى لا إله إلا هو إن النخل لنخلى وما لأُبىّ فيها شىء(٢).

وقال الشافعى: إن كان المدعى قصاصًا أو عتاقًا أو حدًا أو ما لا يبلغ نصابًا غلظت اليمين فيحلف بالله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية وقال فى القسامة: عالم خائنة الأعين وما تخفى الصدور وهذا اختيار أبى الخطاب، وذكر القاضى أن هذا فى أيمان القسامة خاصة وليس بشرط.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا﴾ (المائدة: ١٠٦) وقال تعالى: ﴿فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِن شَهَادَتِهِمَا﴾ (المائدة: ١٠٧) وقال تعالى فى اللعان: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (النور: ٦) وقال تعالى: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾ (الأنعام: ١٠٩) قال بعض أهل التفسير: من أقسم بالله فقد أقسم جهد اليمين.

واستحلف النبى ﷺ ركانة بن عبد يزيد فى الطلاق فقال: «آلله ما أردت إلا واحدة»(٣)

٩- مسألة: (فإن رجع شهود الأصل لم يضمنوا) .

لأن الإتلاف كان بشهادة غيرهم فلا يلزمهم ضمان كالمتسبب مع المباشر، ولأنهم لم يلجئوا الحاكم إلى الحكم ويحتمل أن يضمنوا، لأن الحكم يضاف إليهم بدليل أنه تعتبر عدالتهم فلزمهم الضمان كما لو حكم بشهادتهم ثم رجعوا، ولأنهم سبب فى الحكم فيضمنون كالمزكين.

فصل: فإن مات شهود الأصل أو الفرع لم يمنع الحكم وكذلك لو مات شهود الأصل قبل أداء الفروع الشهادة لم يمنع من أدائها والحكم بها، لأن موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعًا وكذلك إن جنوا، لأن جنونهم بمنزلة موتهم.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **(ومتى رجع شهود المال بعد الحكم لزمهم الضمان ولم ينقض الحكم سواء كان المال قائمًا أو تالفًا)** .

وسواء كان قبل القبض أو بعده أما الرجوع به على المحكوم له فلا نعلم بين أهل العلم خلافًا أنه لا يرجع به عليه ولا ينقض الحكم فى قول أهل الفتيا من علماء الأمصار، وحكى

---

(١) أخرجه أبو داود فى «الأقضية» (٣/ ٣٦٢٠) من طريق عطاء بن السائب عن أبى يحيى عن ابن عباس أن النبى ﷺ . . . فذكره. قال أبو داود: أبو يحيى اسمه زياد كوفى ثقة، وإسناده ضعيف.

(٢) تقدم فى جـ ١٣ ص ٢٢٩.

(٣) تقدم برقم (٩) مسألة (١٢٥٩).

وفى حديث الحضْرَمِىِّ والكِنْدىِّ أن النبـى ﷺ قال: «ألك بينة؟» قال: لا ولكن أحلفه والله ما يعلم أنها أرضى غصبنيها، رواه أبو داود(٤).

وقال عثـمان لابن عمـر تحلف بالله لقد بعته ومـا به داء تعلمه(٥) ولأن فى الله كـفـاية فوجب أن يكتفى باسمه فى اليمين كالموضع الذى سلمـوه، فأما حديث ابن عباس وعمر فإنه يدل على جواز الاستـحـلاف كـذلك وما ذكرناه يدل على الاكـتفاء باسم الله وحده ومـا ذكره الباقون فتحكم لا نص فيه ولا قياس يقتضيه.

إذا ثبت هذا فإن اليمين فى حق الـمسلم والكافر جميعًا بالله تعـالى لا يحلف أحد بغيره لقول الله تـعالى: ﴿فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾ ولقول النبى ﷺ: «من كان حـالفًا فليحلف بالله أو ليصمت»(٦).

فـصـل: وتشرع اليمين فى حق كل مدّعى عليه سواء كان مـسلمًا أو كافرًا عدلا أو فاسقًا امرأة أو رجلاً، لقول النبى ﷺ: «اليمين على المدّعى عليه»(٧).

وروى شقيق عن الأشعث بن قيس قال: كـان بينى وبين رجل من اليهود أرض فجحدنى فقدمته إلى النبى ﷺ فقال لى رسول الله ﷺ: «هل لك بينة؟» قلت: لا، قال لليهودى: «احلف» قلت: إذًا يحلف فـيذهب بمالى فـأنزل الله عز وجل: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلاً﴾ (آل عمران: ٧٧) إلى آخر الآية رواه البخارى وأبو داود وابن ماجه(٨)، وفى

عن سعيد بن المسيب والأوزاعى أنهما قـالا: ينقض الحكم وإن استوفى الحق ثبت بشهادتهما فإذا رجعا زال ما يثبت به الحكم كما لو تبين أنهما كانا كافرين.

ولنا: أن حق المشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما كـما لو ادعياه لأنفسهما يحقق هذا أن حق الإنسان لا يزول إلا ببيـنة أو إقرار ورجوعهمـا ليس بشهادة، ولهذا لا يفـتقر إلى لفظ الشهادة ولا هو إقرار من صاحب الحق، وفارق ما إذا تبـين أنهما كانا كافرين لأننا تبينا أنه لم يوجد شرط الـحكم وهو شهادة العدول، وفى مـسألتنا لم يتبين ذلك بجـواز أن يكونا عدلين صادقين فى شهادتهـما، وإنما كذبا فى رجوعهما، ويفارق العقـوبات حيث لا تستوفى، لأنها تدرأ بالشبهات، وأما الرجوع على الشاهدين به فهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأصحاب الرأى وقول الشافعى القديم وقال: فى الجديد لا يرجع عليـهما بشىء إلا أن يشهدا بعتق عبد

---

(٤) تقدم برقم (٥٦) مسألة (١٨٦٧).

(٥) أخـرجـه مالك فـى «الموطأ» (٢/ ٤/ ٦١٣) والـبيـهـقى فى «السنن» (٥/ ٣٢٨) وعـبـد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ١٦٢ - ١٦٣/ ١٤٧٢١).

(٦) تقدم فى المسألة رقم (١٢٩٨) برقم (٦).

(٧) تقدم فى المسألة رقم (٢٠٣) برقم (ح ٦).

(٨) أخرجه البـخارى فى «الخصومـات» (٥/ ح٢٤١٦، ٢٤١٧) وأبو داود فى «الأيمان» (٣/ ٣٢٤٣) وابن ماجه فى «الأحكام» (٢/ ح٢٣٢٢) وأحمد فى «مسنده» (١/ ٣٧٩، ٤٢٦).

حديث الحضرمى قلت: إنه رجل فاجر لا يبالى على ما حلف عليه قال: ليس لك منه إلا ذلك.

١٩١٤- **مسألة:** قال: **(إلا أنه إن كان يهوديًا قيل له قل: والله الذى أنزل التوراة على موسى، وإن كان نصرانيًا قيل له قل: والله الذى أنزل الإنجيل على عيسى، وإن كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها)**.

ظاهر كلام الخرقى رحمه الله أن اليمين لا تغلظ إلا فى حق أهل الذمة ولا تغلظ فى حق المسلمين ونحو هذا قال أبو بكر، ووجه تغليظها فى حقهم ما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ ـ يعنى لليهود ـ: «نشدتكم بالله الذى أنزل التوراة على موسى ما تجدون فى التوراة على من زنى؟» رواه أبو داود(٩) وكذلك قال الخرقى: تغلظ بالمكان فيحلف فى المواضع التى يعظمها ويتوقى الكذب فيها ولم يذكر التغليظ بالزمان، وقال أبو الخطاب: إن رأى التغليظ فى اليمين فى اللفظ بالزمان والمكان فله ذلك قال: وقد أومأ إليه أحمد فى رواية الميمونى وذكر التغليظ فى حق المجوسى قال: فيقال له قل: والله الذى خلقنى ورزقنى وإن كان وثنيًا حلفه بالله وحده وكذلك إن كان لا يعبد الله، لأنه لا يجوز أن يحلف بغير الله لقول النبى ﷺ «من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت»(١٠) ولأن هذا إن لم يكن يعتد هذه

فيضمنا قيمته، لأنه لم يوجد منهما إتلاف للمال ولا يد عادية عليه فلم يضمنا كما لو ردت شهادتهما.

ولنا: أنهما أقرا إنما أخرج ماله من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فلزمهما الضمان كما لو شهدا بعتقه، ولأنهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها فأشبه ما لو شهدا بحريته، ولأنهما تسببا إلى إتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدى القصاص يحقق هذا، أنه إذا لزمهما القصاص الذى يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى وقوله أنهما ما أتلفا المال يبطل بما إذا شهدا بعتقه، فإن الرق فى الحقيقة لا يزول بشهادة الزور، وإنما حالاً بين سيده وبينه وفى موضع إتلاف المال فهما تسببا إلى تلفه فلزمهما ضمان ما تلف بسببهما كشاهدى القصاص وشهود الزنا وحافر البئر وناصب السكين.

10- **مسألة: (وإن رجع شهود العتق غرموا القيمة)**.

كالحكم فى الشهادة بالمال على ما ذكرنا من الخلاف لأنهما من جملة المال.

وإن شهدا بالحرية ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتهما لسيدهما بغير خلاف بينهم

---

(٩) أخرجه أبو داود فى «الأقضية» (٣/ ٣٦٢٤، ٤٤٥٠) من طريق الزهرى ثنا رجل من مزينة ونحن عند سعيد بن المسيب عن أبى هريرة... وهذا سند مجهول لجهالة المزنى، وللحديث شاهد من حديث البراء بن عازب وفيه لفظ: «أتشرك بالله الذى أنزل التوراة على موسى أهكذا تجدون حد الزانى فى كتابكم...» الحديث. وأخرجه مسلم (٣/ حدود/ ١٣٢٧) وأبو داود فى «الحدود» (٤/ ٤٤٤٨).

(١٠) تقدم برقم (٦).

يمينًا فإنه يزداد بهـا إثمًا وعقوبة وربما عجلت عقـوبته فيتعظ بذلك ويعتـبر به غيره وهذا كله ليس بشرط فى اليمين، وإنما للحاكم فعله إذا رأى.

وممن قال: يستحلف أهل الكتاب بالله وحده مـسروق وأبو عبيدة بن عبد الله (*) وعطـاء وشريح والحسن وإبراهيم بن كعب بن سور ومالك والثورى وأبو عبيد.

وممن قال: لا يشـرع التغليظ بالزمان والمكان فى حق مـسلم أبو حنيفة وصاحـباه وقال مالك والشافعى: تغلظ، ثم اختلفا فقال مالك: يحلف فى المدينة على منبر رسول الله ﷺ ويحلف قائمًا ولا يحلف قائمًا إلا على منبر رسول الله ﷺ ويستحلفون فى غير المدينة فى مسـاجد الجمـاعات ولا يحلف عند المنبر إلا عـلى ما يقطع فيـه السارق فصـاعدًا وهو ثلاثة دراهم، وقال الشافعى: يستحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة وفى المدينة عند منبر رسول الله ﷺ وفى سائر البلدان فى الجوامع عند المنبر وعند الصـخرة فى بيت المقدس، وتغلظ فى الزمان فى الاستحلاف بعد العصـر ولا تغلظ فى المال إلا فى نصاب فصاعدًا، وتغلظ فى الطلاق والعتـاق والحد والقـصاص، وهذا اختـيار أبى الخطاب، وقال ابن جـرير: تغلظ فى القليل والكثـير، واحتـجوا بقـول الله تعالى: ﴿ **تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ** ﴾ (**المـائدة: ١٠٦**) قيل: أراد بعد العصـر وروى عن النبى ﷺ أنه قال: «من حلف على منبرى هذا بيمين آثمة فليتـبوأ مقعده من النار» (١١) فثبت أنه يتعلق بذلك تأكـيد اليمين وروى مالك قال: اخـتصم زيد بن ثابت وابن مطيع فى دار كانت بينهـما إلى مروان بن الحكم فـقال زيد:

فيه، فإن المخالف فـى التى قبلها هو الشافعى وقد وافق ههنا وهو حجة عليه فـيما خالف فيه ويغرما القيمة، لأن العبيد من المتقومات.

١١- مـسألة: (وإن رجع شهود الطلاق قبل الدخول غرمـوا نصف المسمى وإن كان بعده لم يغرموا شيئًا).

إذا شهـدا بطلاق امرأة تبين به فـحكم الحاكم بالفـرقة ثم رجعـا عن الشهادة وكـان قبل الدخول فالواجب عليهما نصف المسمى.

وبهذا قال أبو حنـيفة وقال الشافـعى فى أحد قوليه: يجب مـهر المثل لأنهما أتـلفا عليه البضع فلزمهـما عوضه وهو مهر المـثل، وفى القول الآخر: يلزمهما نصف مـهر المثل، لأنه إنما يملك نصف البضع بدليل أنه إنما يجب عليه نصف المهر.

(*) أبو عبيدة عامر بن عبد الله بن مسعود الهزلى الكوفى، ويقال اسمه كنيته، تابعى، ثقة، فقد ليله دجيل، وكانت سنه إحدى وثمانين وقيل: سنه اثنين وثمانين (تهذيب التهذيب) (٥/ ٦٥/ ٦٦).

(١١) أخرجه أبو داود فى «الأيمان والنذور» (٣/ ٣٢٤٦) وابن ماجه فى «الأحكام» (٢/ ح٢٣٢٥، ٢٣٢٦) ومالك فى «المـوطأ» (٢/ ١٠/ ٧٧٢) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٣٤٤) والحـاكم أيضًا (٤/ ٢٩٦ - ٢٩٧) والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ١٧٦) وإسناده صحيح.

أحلف له مكانى فقال مروان: لا والله إلا عند مقاطع الحقوق قال: فجعل زيد يحلف أن حقه لحق ويأبى أن يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب(١٢).

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَآخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الأَوْلَيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِن شَهَادَتِهِمَا﴾ (المائدة: ١٠٧) ولم يذكر مكانًا ولا زمنًا ولا زيادة فى اللفظ، واستحلف النبى ﷺ ركانة فى الطلاق فقال: «آلله ما أردت إلا واحدة؟» قال: آلله ما أردت إلا واحدة(١٣)، ولم يغلظ يمينه بزمن ولا مكان ولا زيادة لفظ وسائر ما ذكرنا فى التى قبلها وحلف عمر لأبىّ حين تحاكما إلى زيد فى مكانه وكانا فى بيت زيد(١٤) وقال عثمان لابن عمر: تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه؟ وفيما ذكروه تقييد لمطلق هذه النصوص، ومخالفة الإجماع، فإن ما ذكرنا عن الخليفتين عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر وهو فى محل الشهرة فكان إجماعًا، وقوله تعالى: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ﴾ وإنما كان فى حق أهل الكتاب فى الوصية فى السفر وهى قضية خولف فيها القياس فى مواضع منها قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين، ومنها استحلاف الشاهدين ومنها استحلاف خصومهما عند العثور على استحقاقهما الإثم وهم لا يعلمون بها أصلاً فكيف يحتجون بها، ولما ذكر أيمان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيدها والاحتجاج بهذا أولى من المصير إلى ما خولف فيه القياس وترك العمل به، وأما حديثهم فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند المنبر إنما فيه تغليظ اليمين(١٥) على الحالف عنده ولا يلزم من هذا الاستحلاف عنده، وأما قصة مروان فمن

ولنا: أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجه من ملكه بردتها وإسلامها أو قتلها نفسها فإنها لا تضمن شيئًا ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من ينفسخ به نكاحها لم يغرم شيئًا وإنما يجب نصف المسمى، لأنهما ألزماه للزوج بشهادتهما وقرراه عليه كما يرجع به على فسخ نكاحه برضاع أو غيره وقوله أنه ملك نصف البضع غير صحيح فإن البضع لا يجوز تمليك نصفه، ولأن العقد ورد على جميعه والصداق واجب جميعه ولهذا تملكه المرأة إذا قبضته ونماؤه لها وتملك طلبه إذا لم تقبضه وإنما يسقط نصفه بالطلاق، وإما أن يكون الحكم بالفرقة بعد الدخول فليس عليهما ضمان وبه قال أبو حنيفة: وعن أحمد رواية أخرى عليهما ضمان المسمى فى الصداق، لأنهما فوتا عليه نكاحًا وجب عليه به عوض فكان عليهما ضمان ما وجب به كما قبل الدخول، وقال الشافعى: يلزمهما له مهر المثل، لأنهما أتلفا البضع وقد سبق الكلام معه فى هذا ولا يصح القياس على ما قبل الدخول، لأنهما قررا عليه نصف المسمى وكان بعرض السقوط وههنا قد تقرر المهر كله

---

(١٢) أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ١٢/ ٧٢٨) وذكره البخارى فى «صحيحه» معلقًا (٥/ ص٣٣٦) من كتاب الشهادات.

(١٣) تقدم برقم (٣). (١٤) تقدم برقم (٢). (١٥) وفى نسخه: الإثم.

العجب احتجاجهم بها وذهابهم إلى قول مروان فى قضية خالفه زيد فيها وقول زيد فقيه الصحابة وقاضيهم وأفرضهم أحق أن يحتج به من قول مروان، فإن قول مروان لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز الاحتجاج به على مخالفة إجماع الصحابة؟ وقول أئمتهم وفقهائهم ومخالفته فعل النبى ﷺ وإطلاق كتاب الله تعالى، وهذا ما لا يجوز وإنما ذكر الخرقى التغليظ بالمكان واللفظ فى حق الذمى لاستحلاف النبى ﷺ اليهود بقوله «نشدتكم بالله الذى أنزل التوراة على موسى» ولقول الله تعالى فى حق الكتابين: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ﴾ (المائدة: ١٠٦) ولأنه روى عن كعب بن سور فى نصرانى قال: اذهبوا به إلى المذبح واجعلوا الإنجيل فى حجره والتوراة على رأسه، وقال الشعبى فى نصرانى: اذهب به إلى البيعة فاستحلفه بما يستحلف به مثله، وقال ابن المنذر: لا أعلم حجة توجب أن يستحلف فى مكان بعينه ولا بيمين غير الذى يستحلف بها المسلمون، وعلى كل حال فلا خلاف بين أهل العلم فى أن التغليظ بالزمان والمكان والألفاظ غير واجب إلا أن ابن الصباغ ذكر أن فى وجوب التغليظ بالمكان قولين للشافعى وخالفه ابن العاص، فقال: لا خلاف بين أهل العلم فى أن القاضى حيث استحلف المدّعى عليه فى عمله وبلد قضائه جاز وإنما التغليظ بالمكان فيه اختيار فيكون التغليظ عند من رآه اختياراً واستحساناً.

بالدخول فلم يقررا عليه شيئًا ولم يخرجا من ملكه متقومًا فأشبه ما لو أخرجاه من ملكه بقتلها أو أخرجته هى بردتها.

12- مسألة: (وإن رجع شهود القصاص أو الحد قبل الاستيفاء لم يستوف وإن كان بعده وقالوا: أخطأنا فعليهم دية ما تلف ويقسط الغرم على عددهم فإن رجع أحدهم غرم بقسطه) .

وجملة ذلك أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها لم تخل من ثلاثة أحوال: **أحدها:** أن يرجعوا قبل الحكم بها فلا يجوز الحكم بها فى قول عامة أهل العلم وحكى عن أبى ثور أنه شذ عن أهل العلم فقال: يحكم بها، لأن الشهادة قد أديت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجعا بعد الحكم وهذا فاسد، لأن الشهادة شرط الحكم، فإذا زالت قبله لم يجز كما لو فسقا، ولأن رجوعهما يظهر به كذبهما فلم يجز به الحكم، كما لو شهد بقتل رجل ثم علمت حياته، ولأنه زال ظنه فىّ أن ما شهد به حق فلم يجز به الحكم كما لو تغير اجتهاده، وفارق ما بعد الحكم فإنه تم بشرطه، ولأن الشك لا يزيل ما حكم به كما لو تغير اجتهاده، **الحال الثانى:** أن يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء، فإن كان المحكوم به عقوبة كالحد والقصاص لم يجز استيفاؤه، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات، ولأن المحكوم به عقوبة لم يبق ظن استحقاقها ولا سبيل إلى خبرها فلم يجز استيفاؤها كما لو رجعا قبل الحكم، وإن كان المحكوم به مالاً استوفى ولم ينقض الحكم وقد ذكرناه، وفارق المال القصاص والحد، فإنه يمكن جبره بإلزام الشاهد عوضه، والحد

فـــصل: قال ابن المنذر: ولم نجد أحـدًا يوجب اليمين بالمصحف، وقـال الشافعي: رأيتهم يؤكدون بالمصحف ورأيت ابن مازن وهو قاض بصـنعاء يغلظ اليمين بالمصحف، قال أصحابه: فـيغلظ عليه بإحضار المـصحف، لأنه يشتمل على كلام الله تعـالى وأسمائه، وهذا زيادة على ما أمـر به رسول الله ﷺ فى اليمين وفعلـه الخلفاء الراشدون وقضاتـهم من غير دليل ولا حجـة يستند إليهـا، ولا يترك فعل رسـول الله ﷺ وأصحابه لفـعل ابن مازن ولا غيره.

١٩١٥- مسألة: قال: **(ويحلف الرجل فيما عليه على البت ويحلف الوارث على دين الميت على العلم)**.

معنى البت: القطع أى يحلف بـالله ما له علىَّ شيء، وجملة الأمر أن الأيمـان كلها على البت والقطع إلا على نفى فـعل الغير، فـإنها على نفى العلم، وبهـذا قال أبو حنيفـة ومالك والشافعي، وقال الشعبى والنخـعي: كلها على العلم، وذكره ابن أبى موسى رواية عن أحمد، وذكر أحمد حديث الشيبانى عن القاسم بن عبد الرحمن عن النبى ﷺ: «لا تضطروا الناس فى أيمانهم أن يحلفوا على ما لا يعلمون»(١٦) ولأنه لا يكلف ما لا علم له به، وقال ابن أبى ليلى: كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه.

ولنا: حديث ابن عـباس أن النبى ﷺ استحلف رجلاً فـقال له: «قل والله الذى لا إله

والقصاص لا يجبر بإيجاب مـثله على الشاهدين، لأن ذلك ليس بجبر ولا يحصل لمن وجب له منه عوض، وإنما شرع للزجر والتشفى والانتقام لا للجبر، **فإن قيل**: فلم قلتم إنه إذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهد اسـتوفى فى أحد الوجهين؟ **قـلنا**: الرجوع أعظم فى الشـبهة من طريان الفسق، لأنهـما يقران أن شهادتهـما زور وأنهما كانا فـاسقين حين شـهدا وحين حكم الحاكم بشهادتـهما وهذا الذى طرأ فسقه لا يتحـقق كون شهادته كذبًا ولا أنه كان فـاسقًا حين أدى الشهـادة ولا حين الحكم بها، ولـهذا لو فسق بعـد الاستيـفاء لم يلزمه شيء والراجـعان تلزمهما غرامة مـا شهدا به فافترقا، **الحـال الثـالث**: أن يرجعا بعد الاستـيفاء، فإنه لا يبطل الحكم ولا يلزم المشـهود له شيء سواء كان المـشهود به مالاً أو عقـوبة، لأن الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستـحقه ويرجع به على الشاهدين، فإن كان المشهود إتلافًا فى مثله القـصاص كالقتل والجرح، وقـالا: عمدنا الشهادة عليـه بالزور ليقتل أو يقطع فعليـهما القـصاص، وبه قال ابن أبى ليلى والأوزاعى والشـافعى وأبو عبـيد، وقال أصـحاب الرأى: لا قود عليهما، لأنهما لم يباشرا الإتلاف فأشبها حافر البئر إذا تلف به شيء.

ولنا: أن عليّا رضي الله عنه شـهد عنده رجلان على رجل بالسرقـة فقطعه ثم عادا فـقالا: أخطأنا ليس هذا السارق، فقال علىٌّ: لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما، ولا مخالف له فى الصحابة

---

(١٦) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٤٩٤/ ١٦٠٣٠) وإسناده مرسل.

إلا هو مـــا له عليـك حق»(١٧) وروى الأشـعث بن قـيس «أن رجـلاً من كندة ورجـلاً من حضرمـوت اختصما إلـى النبى ﷺ فى أرض من اليمن فقال الحـضرمى: يا رسول الله إن أرضى اغـتصـبنيهـا أبو هذا وهى فى يده، قـال: «هل لك بينة» قال: لا، ولكن أحلفـه والله العظيم ما يعلم أنها أرضى اغتصبنيها أبوه، فتهيأ الكندى لليمين رواه أبو داود»(١٨) ولم ينكر ذلك النبى ﷺ، وما ذكـروه لا يصح، لأنه يمكنه الإحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك فى فعل غيره فافترقا فى اليمين كما افـترقت الشهادة، فإنها تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من العقود وعلى الظن فيـما لا يمكن فيه القطع من الأملاك والأنساب، وعلى نـفى العلم فيما لا تمكن الإحاطة بانتفائه كالشهادة على أنه لا وارث له غير فلان وفلان، وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفى فعل الغير.

إذا ثبت هذا، فإنه يحلف فـيما عليـه على البت نفيًا كان أو إثـباتًا، وأما ما يتـعلق بفعل غيـره، فإن كـان إثباتًا مـثل أن يدّعى أنه أقرض أو باع ويقـيم شاهدًا بذلك، فـإنه يحلف مع شاهده على البت والقطع، وإن كان على نفى العلم مثل أن يدّعى عليه دين أو غصب أو جناية فإنه يحلف على نفى العلم لا غير، وإن حلف عليه على البت كفاه وكان التقدير فيه العلم كما فى الشاهد إذا شهـد بعدد الورثة وقال: ليس له وارث غيـرهم سمع ذلك، وكان التقـدير فيه علمه، ولو ادّعى عليه أن عبده جنى أو استدان فـأنكر ذلك فيمينه على نفى العلم، لأنها يمين على نفى فعل الغير فأشبهت اليمين الوارث على نفى الموروث.

ولأنهما تسببا إلى قتله وقطعه بما يفضى إليه غـالبًا فلزمهما القصاص كالمكره، وفارق الحفر، فإنه لا يفضى إلى القتل غالبًا وقد ذكرنا هذه المـسألة فى الجنايات، فإن قالا: عمدنا الشهادة عليه ولم نعلم أنه يقتل بهذا وكان ممن يجوز أن يجهلا ذلك وجبت الدية فى أموالهما مغلظة، لأنه شبه عمد ولم تحمله العاقلة، لأنه ثبت باعترافهما، وإن قال أحدهما: عمدت قتله، وقال الآخر: أخطأت، فعلى العامد نصّف الدية مغلظة وعلى الآخر نصفها مخففة، ولا قصاص فى الصحيح من المذهب، وإن قال كل واحد منهما: إنما اعترف بعمد، شارك فيه مخطئًا وهو لا يوجب القـصاص والإنسان إنمـا يؤاخذ بإقـراره لا بإقرار غـيره فعلـى هذا تجب عليهـما دية مغلظة، وإن قال أحدهما: عمدنا جميـعًا، وقال الآخر: عمدت وأخطأ صاحبى، فعلى الأول القصـاص، وفى الثانى وجـهان كالتى قـبلها، وإن قـالا: أخطأنا فعليـهما الدية مـخفـفة فى أموالهـما، لأن العاقلة لا تحـمل الاعتراف، و إن قـال أحدهما: عمـدنا معًا، وقـال الآخر: أخطأنا معـًا، فعلى الأول القصـاص وعلى الثانى نصف الدية مخـففة، لأن كل واحد منهـما يؤاخذ بإقراره، وإن قال كل واحد منهما: عمدت ولا أدرى ما فعل صاحبى فعليهما القصاص لإقرار كل واحد منهمـا بالعمد، ويحتمل أن لا يجب عليهما القـصاص، لأن إقرار كل واحد

---

(١٧)تقدم برقم (١). (١٨)تقدم برقم (٨).

فصل: قال ابن أبى موسى: اختلف قول أحمد فيمن باع سلعة وظهر المشترى على عيب بها، وأنكره البائع هل اليمين على البتات أو على علمه؟ على روايتين ولو أبق عند المشترى فادّعى على البائع أنه أبق عنده فأنكر هل يلزمه أن يحلف أنه لم يأبق قط أو على نفى علمه؟ على روايتين إلا أن يكون ولده فيحلف أنه لم يأبق قط، ووجه كون اليمين على علمه أنها على نفى فعل الغير، فأشبه ما لو ادعى عليه أن عبده جنى، ووجه الأخرى أنه إذا ادعى عليه أنه باعه معيبًا يستحق به رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان إثباتًا.

فصل: ومن توجهت عليه يمين هو فيها صادق أو توجهت له أبيح له الحلف ولا شيء عليه من إثم ولا غيره، لأن الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرمًا، وقد أمر الله تعالى نبيه أن يقسم على الحق فى ثلاثة مواضع من كتابه وحلف عمر لأبىّ على نخيل ثم وهبه له وقال: خفت إن لم أحلف أن يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فتصير سنة(١٩) وقال حنبل: بلى أبو عبد الله بنحو هذا جاء إليه ابن عمه فقال: لى قبلك حق من ميراث أبى وأطالبك بالقاضى وأحلفك فقيل لأبى عبد الله: ما ترى؟ قال: أحلف له إذا لم يكن له قبلى حق وأنا غير شاك فى ذلك حلفت له وكيف لا أحلف وابن عمر قد حلف وأنا من أنا وعزم أبو عبد الله على اليمين فكفاه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبة، واختلف فى الأولى فقال قوم: الحلف أولى من افتداء يمينه، لأن عمر حلف، ولأن فى الحلف فائدتين: **إحداهما:** حفظ ماله عن

منهما لو انفرد لم يجب عليه قصاص وإنما يؤاخذ الإنسان بإقراره لا بإقرار صاحبه، وإن قال أحدهما: عمدت ولا أدرى ما قصد صاحبى سئل صاحبه فإن قال مثل قوله فهى كالتى قبلها، وإن قال: عمدنا معًا فعليه القصاص، وفى الأول وجهان وإن قال: أخطأت أو أخطأنا فلا قصاص على كل واحد منهما، وإن جهل حال الآخر بجنون أو موت أو لم يقدر عليه فلا قصاص على المقر، وعليه نصيبه من الدية المغلظة.

فصل: وإن رجع أحد الشاهدين وحده فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما فى أن الحاكم لا يحكم بشهادتهما إذا كان رجوعه قبل الحكم ولا تستوفى العقوبة إذا رجع قبل استيفائها، لأن الشرط يختل برجوعه كاختلاله برجوعهما، وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء لزم حكم إقراره وحده، فإن أقر بما يوجب القصاص وجب عليه، وإن أقر بما يوجب دية مغلظة وجب عليه قسطة منها، وإن أقر بالخطأ وجب عليه قسطه من الدية المخففة، وإن كان الشهود أكثر من اثنين فى الحقوق المالية أو القصاص ونحوه فيما يثبت بشاهدين أو أكثر من أربعة فرجع الزائد منهم قبل الحكم أو الاستيفاء لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء لأن ما بقى من البينة كاف فى إثبات الحكم واستيفائه، وإن رجع بعد فعليه القصاص إن أقر بما يوجبه أو قسطه من الدية أو من المفوت بشهادتهم إن كان غير ذلك وفى ذلك اختلاف ذكرنا بعضه.

---

(١٩) تقدم برقم (٢).

الضياع وقد نهى النبى ﷺ عن إضاعته [٢٠]، **والثانية:** تخليص أخيه الظالم من ظلمه وأكل المال بغير حقه، وهذا من نصيحتـه ونصرته بكفه عن ظلمه وقد أشار النبى ﷺ على رجل أن يحلف ويأخذ حقه [٢١]، وقال أصحابنا: الأفضل افتداء يمينه فإن عثمان افتدى يمينه وقال: خفت أن تصادف قدرًا فيقال: حلف فعوقب، أو هذا شؤم يمينه [٢٢].

وروى الخلال بإسناده أن حذيفة عـرف جملاً سرق له فخاصم فيـه إلى قاضى المسلمين فصارت اليمـين على حذيفة فقال: لك عـشرة دراهم فأبى، فقال: لك عشـرون فأبى، فقال: لك ثلاثون فأبى فقال: لك أربعون فأبى فـقال حذيفة: أترانى أترك جملى؟ فحلف بالله أنه له مـا باع ولا وهب [٢٣]، ولأن فى اليمين عند الحاكم تبـذلاً ولا يأمن أن يصادف قدرًا فينسب إلى الكذب وأنه عوقب بحلفه كاذبًا وفى ذهاب ماله له أجر وليس هذا تضـييعًا للمال فإن أخاه المسلم ينتفع به فى الدنيا ويغرمه له فى الآخرة.

وأما عـمر فإنه خـاف الاستنان به وترك الناس الحلف على حـقوقهم فـيدل على أنه لولا ذلك لما حلف وهذا أولى، والله تعالى أعلم.

فـصـل: فأما الحلف الكاذب ليقتطع به مال أخيه ففيه إثم كبير، وقد قيل: إنه من الكبائر لأن الله تعالى وعد عليه العذاب الأليم فقال سبحانه: ﴿**إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلاً أُولَئِكَ لا خَلاقَ لَهُمْ فِي الآخِرَةِ وَلا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلا يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ**

فـصـل: وكل موضع وجب الضمان على الشهـود بالرجوع فإنه يوزع بينهم على عددهم قلوا أو كثروا قال أحـمد: فى رواية ابن منصور إذا شهد بشهـادة ثم رجع وقد أتلف مالاً فإنه ضامن بقدر ما كانوا فى الشهادة، فإن كانوا اثنين فعليه النصف، وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث، وعلى هذا لو كانوا عشـرة فعليه العشر، فـإن رجع أحدهم وحده غرم بقسطه على ما ذكرنا، وفيه اخـتلاف يذكر إن شاء الله تعالـى، فإذا شهد أربعة بالقـتل فقتل المشـهود عليه ثم رجع واحد فعليه الربع إن قال: أخطأنا، وإن رجع اثنان فعليهما النصف.

13- مـسـألة: (فإذا شهد ستة بالزنا على محصن فرجم بشهادتـهم ثم رجع واحد فعليه القصاص أو سدس الدية، وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو ثلث الدية).

وبهذا قال أبو عـبيد وقال أبو حنيـفة: إن رجع واحد أو اثنان فلا شىء عليـهما، لأن بينة

---

(٢٠) تقدم برقم (١٧) مسألة (٧٩٥).

(٢١) أخرجه الدارقطنى فى «السنن» (٤/ ٢١٣) والحاكم فى «المستدرك» (٤/ ١٠٠) بلفظ إن النبى ﷺ رد اليمـين على طالب الحق وقال الحـاكم: صحيح الإسناد ولـم يخرجاه، وقـال الذهبى: لا أعرف مـحمـدًا (يعنى مـحـمد بن مـسـروق) وأخشى ألا يـكون الحديث باطـلاً، والبيـهـقى فى «السنن» (١٠/ ١٨٤).

(٢٢) تقدم برقم ١٣ مسألة (٤٤٢).

(٢٣) أخرجه الدارقطنى فى «السنن» (٤/ ١٣٩/ ٢٤٢) والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ١٧٩).

أَلِيمٌ ﴾ (آل عمران: ٧٧) قال الأشعث بن قيس نزلت هذه الآية كان لى بئر فى أرض ابن عم لى فأتيت رسول الله ﷺ فقال: «بينتك أو يمينه» قلت: إذًا يحلف عليها فقال رسول الله ﷺ: «من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقى الله وهو عليه غضبان» أخرجه البخارى(٢٤).

وروى ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرئ مسلم وهو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان»(٢٥) متفق عليه، وقال النبى ﷺ فى حديث الكندى: «لئن حلف على ماله ليأكله ظلمًا ليلقين الله وهو عنه معرض»(٢٦) وهو حديث حسن صحيح، وقد روى فى حديث أن يمين الغموس تذر الديار بلاقع(٢٧) ويستحب للحاكم أن يخوف المدّعى عليه من اليمين الفاجرة ويقرأ عليه الآية والأخبار.

فصل: ومن ادّعى عليه دين وهو معسر به لم يحل له أن يحلف أنه لا حق له على، وبهذا قال المزنى: وقال أبو ثور له ذلك، لأن الله تعالى قال: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ (البقرة: ٢٨٠) ولأنه لا يستحق مطالبته به فى الحال ولا يجب عليه أداؤه إليه.

ولنا: أن الدين فى ذمته وهو حق له عليه ولو لم يكن عليه حق لم يجب إنظاره به.

الزنا قائمة فدمه غير محقون، وإن رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية، وإن رجع أربعة فعليهم نصف الدية، وإن رجع خمسة فعليهم ثلاثة أرباعها، وإن رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها، ومنصوص الشافعى فيما إذا رجع اثنان كمذهب أبى حنيفة، واختلف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال أبو إسحاق: لا قصاص عليه، لأن بينة القصاص قائمة وهل يجب عليه ثلث الدية؟ على وجهين، قال ابن الحداد: عليه القصاص وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا إذا كان زائدًا بأن دم المشهود عليه بالزنا غير محقون وهذا دمه محقون، وإنما أبيح دمه لولى القصاص وحده، واختلفوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم على وجهين: **أحدهما:** يضمن الثلث، **والثانى:** لا شىء عليه.

ولنا: أن الإتلاف حصل بشهادتهم فالراجع يقر بالمشاركة فيه عمدًا عدوانًا كمن هو مثله فى ذلك فلزمه القصاص كما لو أقر بمشاركتهم فى مباشرة قتله ولأنه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته فأشبه الثانى من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا، ولأنه أحد من حصل الإتلاف بشهادته فلزمه من الضمان بقسطه كما لو رجع الجميع، وقولهم: إن دمه غير محقون

---

(٢٤) أخرجه البخارى فى «التفسير» (٨/ ح٤٥٤٩، ٤٥٥٠/ فتح) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٢١٢).

(٢٥) تقدم برقم (١٣، ٤٤٤). **(٢٦)** تقدم برقم (٨).

(٢٧) ذكره صاحب الكنز (١٦/ ٦٩٦، ٦٩٧) وعزاه إلى أبى الحسن خيثمة بن سليمان بن حيدر الطرابلسى فى جزئه عن واثلة. **البلاقع:** جمع بلقع وبلقعة، وهى الأرض القفر التى لا شىء فيها، يريد أن الحالف بها يفتقر ويذهب ما فى بيته من الرزق. اهـ. النهاية (١/ ١٥٣).

فـصل: ويمين الحالف على حسب جوابه فإذا ادّعى عليه أنه غصبه أو استودعه وديعة أو اقترض منه نظرنا فى جواب المـدعى عليه فإن قال: ما غصبتك ولا استـودعتنى ولا أقرضتنى كلف أن يحلف على ذلك، فإن قال: ما لك على حق أو لا تستحق على شيئًا، أو لا تستحق على ما ادّعـيته ولا شيئًـا منه كان جوابًا صحـيحًا، ولا يكلف الجواب عن الغـصب والوديعة والقرض، لأنه يجوز أن يكـون غصب منه ثم رده عليه فلو كلف جحـد ذلك كان كاذبًا، وإن أقر به ثم ادّعى الرد لم يقبل منه فإذا طلب منه اليمين حلف على حسب ما أجاب.

ولو ادعى أننى ابتعت منك الدار التى فى يدك فأنكره وطلب يـمينه نظرنا فى جوابه، فإن أجاب بأنك لا تستحقـها حلف على ذلك ولم يلزمه أن يحلف أنه ما ابتاعها، لأنه قـد يبتاعها منه ثم يردها عليه، وإن أجاب بأنك لم تبتعها منى حلف على ذلك.

وقال أحمد فى رجل ادعى على رجل أنه أودعه فـأنكره هل يحلف ما أودعتنى؟ قال: إذا حلف ما لـك عندى شىء ولا لك فى يدى شىء فهـو يأتى على ذلك، وهذا يدل على أنه لا يلزمه الحلف على حـسب الجواب وأنه متى حلف ما لك قبلـى حق برئ بذلك، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

فـصل: ولا تدخل اليمين النيابة ولا يحلف أحد عن غيره، فلو كان المدّعى عليه صغيرًا أو مجنونًا لم يحلف عنه ووقف الأمر حتى يبلغ الصبى ويعقل المجنون ولم يحلف عنه وليه،

غير صحيح، فإن الكلام فيما إذا قـتل ولم يبق له دم يوصف بحقن ولا عدمه وقيام الشهادة لا يمنع وجوب القـصاص كما لو شـهدت لرجل باستحـقاق القصاص فـاستوفاه ثم أقـر أنه قتله ظلمًا، وأن الشهود شـهود زور والتفريق بين القصاص والرجم بكون دم القاتل غـير محقون لا يصح، لأنه غير مـحقون بالنسبة إلى من قـتله، ولأن كل واحد مؤاخذ بإقراره ولا يعتـبر قول شريكه، ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمـدها وقال الآخر: أخطأنا وجب القصاص على المقر بالعمد.

14- **مـسـألة:** (وإن شهد أربعـة بالزنا واثنان بالإحصان ثم رجع الجمـيع لزمتهم الدية أسداسًـا فى أحد الوجـهين، وفى الأخرى على شـهود الزنا النصف وعلى شـهود الإحـصان النصف، فإن شـهد أربعة بالزنا وشـهد اثنان منهم بالإحصـان صحت الشهـادة، فإن رجم ثم رجعوا عن الشهادة فعلى من شهـد بالإحصان ثلثا الدية على الوجه الأول، وعلى الوجه الثانى يلزمهم ثلاثة أرباعها).

وجـمـلة ذلك أنه إذا شهـد أربعة بالزنا واثنان بالإحصـان فرجم ثم رجعوا عن الشـهادة فالضـمان على جميـعهم، وقال أبو حنيـفة: لا ضمان على شـهود الإحصان، لأنهم شـهدوا بالشرط دون السـبب الموجب للقـتل، وإنما يثـبت ذلك بشهادة الزنا، ولأصـحاب الشـافعى وجهان كالمذهبين.

ولو ادّعى الأب لابنه الصغير حقًا أو ادعاه الوصى أو الأمين له فأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينة، فإن نكل قضى عليه ومن لم ير القضاء بالنكول ورأى رد اليمين على المدعى لم يحلف الولى عنهما ولكن تقف اليمين ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه، وإن ادّعى على العبد دعوى نظرت، فإن كانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه كالقصاص والطلاق والقذف فالخصومة معه دون سيده، فإن قلنا: إن اليمين تشرع فى هذا أحلف العبد دون سيده وإن نكل لم يحلف غيره، وإن كان مما لا يقبل قول العبد فيه كإتلاف مال أو جناية توجب المال فالخصم السيد واليمين عليه ولا يحلف العبد فيها بحال.

فصل: وإذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها وقال: لى بينة أقيمها أو حساب استثبته لأحلف على ما أتيقن فذكر أبو الخطاب أنه لا يمهل، وإن لم يحلف جعل ناكلاً وقيل: لا يكون ذلك نكولاً ويمهل مدة قريبة، وإن قال: ما أريد أن أحلف أو سكت فلم يذكر شيئًا نظرنا فى المدعى، فإن كان مالاً أو المقصود منه المال قضى عليه: بنكوله ولم ترد اليمين على المدّعى، نص عليه أحمد فقال: أنا لا أرى رد اليمين إن حلف المدعى عليه وإلا دفع إليه حقه، وبهذا قال أبو حنيفة، واختار أبو الخطاب أن له رد اليمين على المدعى إن ردها حلف المدعى وحكم له بما ادعاه قال: وقد صوبه أحمد فقال: ما هو ببعيد يحلف ويستحق، وقال: هو قول أهل المدينة، روى ذلك عن على ﵁، وبه قال شريح والشعبى والنخعى

ولنا: أن قتله حصل بمجموع الشهادة فتجب الغرامة على الجميع كما لو شهدوا جميعًا على الزنا، وفى كيفية الضمان وجهان:

أحدهما: يوزع عليهم على عدد رءوسهم كشهود الزنا، لأن القتل حصل من جميعهم، **والثانى:** على شهود الزنا النصف وعلى شهود الإحصان النصف، لأنهما حزبان فلكل حزب نصف فإن شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالإحصان ثم رجعوا فعلى الأول على شاهدى الإحصان الثلثان وعلى الآخر الثلث، لأن على شاهدى الإحصان الثلث لشهادتهما به والثلث بشهادتهما بالزنا، وعلى الآخرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده، وعلى الوجه الثانى على شهود الإحصان ثلاثة أرباع الدية، لأن عليهما النصف لشهادتهما بالإحصان ونصف الباقى لشهادتهما بالزنا، ويحتمل أن لا يجب على شاهدى الإحصان إلا النصف، لأن كل واحد منهما جنى جنايتين وجنى كل واحد من الآخرين جناية واحدة، فكانت الدية بينهم على عدد رءوسهم لا على عدد جناياتهم، كما لو قتل اثنان واحداً جرحه أحدهما جرحًا والآخر اثنين.

فصل: وإذا حكم الحاكم فى المال برجل وامرأتين ثم رجعوا عن الشهادة يوزع الضمان عليهم على الرجل نصفه وعلى كل امرأة ربعه، وإن رجع أحدهم وحده فعليه من الضمان حصته، وإن كان الشهود رجلاً وعشر نسوة فرجعوا عن شهادتهم فعلى الرجل السدس، وعلى كل امرأة نصف السدس، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، لأن كل امرأتين كرجل فالعشر

وابن سيرين ومالك فى المال خاصة وقـاله الشافعى فى جميع الدعاوى لما روى عن نافع عن ابن عمر أن النبى ﷺ رد اليـمين على طالب الحق(٢٨)، رواه الدارقطنـى، ولأنه إذا نكل ظهر صدق المدعى وقوى جـانبه فتشرع اليمين فى حقه كالمـدّعى عليه قبل نكوله وكالمدعى إذا شهد له شاهد واحد، ولأن النكول قـد يكون لجهله بالحال وتورعه عن الحلف على ما لا يتحققه أو للخوف من عاقبة اليمين أو ترفعًا عنها مع علمه بصدقه فى إنكاره ولا يتعين بنكوله صدق المدعى، فلا يجـوز الحكم له من غير دليل، فإذا حلف كانت يميـنه دليلاً عند عدم ما هو أقوى منها كما فى موضع الوفاق، وقال ابن أبى ليلى: لا أدعه حتى يقر أو يحلف.

ولنا: قول النبى ﷺ: «ولكن اليـمين على جانب المـدعى عليه»(٢٩) فـحصـرها فى جانب المدّعى عليه وقوله: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه»(٣٠) فجعل جنس

كخـمسـة رجال، ويحـتمل أن يجب عليـهن النصف، وعلى الرجل النصف، وبهـذا قال أبو يوسف ومحمد، لأن الرجل نصف البينة بدليل أنه لو رجع وحـده قبل الحكم كان كرجوعهن كلهن فيكون الرجل حـزبًا والنساء حزبًا، فإن رجع بعض النسوة وحـده والرجل فعلى الراجع مثل ما عليـه إذا رجع الجميع، وعند أبى حنيفـة وأصحابه متى رجع من النسـوة معًا زاد على اثنين فليس الراجعات شىء وقد مضى الكلام معهم فى هذا.

فـــصل: إذا شهد أربعة بـأربعمائة فحكم الحاكم بها ثم رجع واحـد عن مائة وآخر عن مائتين والثالث عن ثلاثـمائة، والرابع عن أربعمائة فعلى كل واحد منهمـا ما رجع عنه بقسطه فعلى الأول خمـسة وعشرون، وعلى الثانى خمـسون، وعلى الثالث خمسة وسـبعون، وعلى الرابع مائة، لأن كل واحد منهم يقـر بأنه فوت على المشهود عليه ربع مـا رجع عنه ويقتضى مذهب أبى حنيفة أن لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والأربعمائـة أكثر من خمسين خمسين، لأن المائتين اللتين رجع عنهما قد بقى بهما شاهدان.

15- مسألة: (وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد غرم المال كله، ويتخرج أن يغرم النصف).

المنصوص عـن أحمد رحـمه الله أنه يضمـن المال كله فى رواية جمـاعة، ويتـخرج أن يضمن النصف، وبه قال مالك والشافعى، لأنه أحد حجتى الدعوى فكان عليه النصف كما لو كانا شاهدين.

ولنا: أن الشاهد حـجة الدعوى فكان الضـمان عليه كـالشاهدين يحقـقه أن اليمـين قول

---

(٢٨) أخرجه الدارقطنى فى «السنن» (٤/ ٢١٣) والحاكم فى «المستدرك» (٤/ ١٠٠) والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ١٨٤) وقال: تفرد به سليمان بن عبد الرحمن الدمشقى بإسناده هذا مشيراً بذلك إلى ضعفه، وإسناده ضعيف فيه محمد بن مسروق وهو لا يعرف وإسحاق بن الفرات مختلف فيه.

(٢٩) تقدم فى (حـ٦/ ٢١٧).

(٣٠) تقدم فى (٦/ ١٢٣).

اليمين فى جنبة المدّعى عليه كما جعل جنس البينة فى جنبة المدعى، وقال أحمد: قدم ابن عمر إلى عثمان فى عبد له فقال له: احلف أنك ما بعته وبه عيب علمته فأبى ابن عمر أن يحلف فرد العبد عليه ولم يرد اليمين على المدعى، ولأنها بينة فى المال فحكم فيها بالنكول، كما لو مات من لا وارث له فوجد الإمام فى دفتره دينًا له على إنسان فطالبه به فأنكره وطلب منه اليمين فأنكره، فإنه لا خلاف أن اليمين لا ترد، وقد ذكر أصحاب الشافعى فى هذا أنه يقضى بالنكول فى أحد الوجهين، وفى الآخر يحبس المدعى عليه حتى يقر أو يحلف، وكذلك لو ادعى رجل على ميت أنه وصى إليه بتفريق ثلثه، وأنكر الورثة ونكلوا عن اليمين قضى عليهم، والخبر لا تعرف صحته ومخالفة ابن عمر له فى القصة التى ذكرناها تدل على ضعفه، فإنه لم يرد اليمين على المدّعى ولا ردها عثمان، فعلى هذا إذا نكل عن اليمين قال له الحاكم إن حلفت وإلا قضيت عليك ثلاثًا، فإن حلف وإلا قضى عليه، وعلى القول الآخر يقول له: لك رد اليمين على المدّعى، فإن ردها حلف وقضى له، وإن نكل عن اليمين سئل عن سبب نكوله، فإن قال: لى بينة أقيمها أو حساب أستثبته لأحلف على ما أتيقنه أخرت الحكومة، وإن قال: ما أريد أن أحلف سقط حقه من اليمين فلو بذلها فى ذلك المجلس بعد هذا لم تسمع منه إلى أن يعود فى مجلس آخر، **فإن قيل**: فالمدعى عليه لو امتنع من اليمين ثم بذلها سمعت منه فلم منعتم سماعها ههنا؟ **قلنا**: اليمين فى حق المدّعى عليه هى الأصل فمتى قدر عليها أو بذلها وجب قبولها والمصير إليها كالمبدلات مع أبدالها، وأما يمين المدعى فهى بدل فإذا امتنع منها لم ينتقل الحق إلى غيره، فإذا امتنع منها سقط حقه منها لضعفها، وأما إذا حلف وقضى له فعاد المدّعى عليه وبذل اليمين لم يسمع منه، وهكذا لو بذلها بعد الحكم عليه بنكوله لم يسمع، لأن الحكم قد تم فلا ينقض كما لو قامت به بينة، فأما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول نص عليه أحمد فى القصاص.

الخصم، وقول الخصم ليس بحجة على خصمه، وإنما هو شرط الحكم فجرى مجرى مطالبته للحاكم بالحكم وبهذا ينفصل عما ذكروه، وإن سلمنا أنها حجة لكن إنما جعلها حجة شهادة الشاهد ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته بخلاف شهادة الشاهد الآخر، قال أبو الخطاب: ويتخرج أن لا يلزمه إلا النصف إذا قلنا برد اليمين على المدعى.

فصل: وإذا شهد شاهدان أنه أعتق هذا العبد عن ضمان مائة درهم وقيمة العبد مائتان فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا رجع السيد على الشاهدين بمائة لأنها تمام القيمة، وكذلك إن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان غرما للزوج مائة، لأنهما فوتاها بشهادتهما المرجوع عنها، وإن شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداق ذكراه وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصداقها فعلى شهود النكاح الضمان، لأنهم ألزموه المسمى، ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف،

ونقل عنه فى رجل ادّعى على رجل أنه قذفـه فقال: استحلفوه فـإن قال: لا أحلف أقيم عليه، قـال أبو بكر: هذا قول قـديم والمذهب أنه لا يقـضى فى شىء من هذا بالنكول، ولا فرق بين القصاص فى النفس والقصاص فى الطرف، وبهـذا قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: يقضى بالنكول فى القصاص فـيما دون النفس، وعن أحمد مثله والأول هو المذهب، لأن هذا أحد نوعى القصاص فأشبه النوع الآخر، فعلى هذا ما يصنع به فيه وجهان، **أحدهما:** يخلى سبيله لأنه لم يثبت عليه حجة وتكون فائدة شرعيـة اليمين الردع والزجر، **والثـــانى:** يحبس حتى يقر أو يحلف، وأصل الوجهين المرأة إذا نكلت عن اللعان.

فصل: وإذا حلف فقال: إن شاء الله تعالى أعيدت عليه اليمين، لأن الاستثناء يزيل حكم اليمين، وكذلك إن وصل يمينه بشرط أو كلام غير مفهوم، وإن حلف قبل أن يستحلفه الحاكم أعيدت عليه ولم يعتـد بما حلف قبل الاستحلاف، وكذلك إن استحـلفه الحاكم قبل أن يسأله المدعى استحلافه لم يعتد بها.

فـصل: ولو ادعى على رجل دينًا أو حقًا فقال: قد أبرأتنى منه أو اسـتوفيته منى فالقول قول من ينكر الإبراء والاستيـفاء مع يمينه ويكفيه أن يحلف بالله أن هذا الحق ويسميـه تسمية يصير بهـا معلومًا ما برئت ذمتك منه ولا من شىء منـه أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شىء منه وإن ادّعى استيفاءه أو البراءة بجهة معلومة حلف على تلك الجهة وحدها وكفاه.

فـصل: والحقوق على ضربين: **أحدهما:** ما هو حق لآدمى، **والثانى:** ما هو حق لله تعالى فحق الآدمى ينقسم قسمين، **أحدهما:** ما هو مال أو المقصود منه المال فهذا تشرع فيه اليمـين بلا خلاف بين أهل العلم فإذا لم تكن لـلمدعى بينة حلف المدعى عليـه وبرئ، وقد

لأنهمـا قرراه، وشاهدا النكاح أوجبـاه فيقسـم بين الأربعة أرباعًا، وإن شهـد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمهما شىء، لأنهما لم يفوتا عليه شيئًا يدعيه ولا أوجبا عليه ما لم يكن واجبًا.

16- مـسـألة: (وإن بان بعد الحكم أن الشـاهدين كانا كافرين أو فاسـقين نقض الحكم ويرجع بالمال أو ببدله على المحكوم له، وإن كان المحكوم به إتلافًا فالضمـان على المزكين فإن لم يكن ثم تزكية فعلى الحاكم، وعنه لا ينقض إذا كانا فاسقين).

وجـــملة ذلك أن الحاكم إذا حكم بشهادة شاهدين ثم بانا فاسـقين أو كافرين فإن الإمام ينقض حكمه ويرد المال إن كان قائمًا أو عوضه إن كان تالفًا، فإن تعذر ذلك لإعساره أو غيره فعلـى الحاكم ثم يرجع على المـشهـود له وعن أحمد رواية أخـرى لا ينقض حكمـه إذا كانا فاسـقين ويغرم الشـهود المال، وكـذلك إذا شهد عنده عـدلان أن الحاكم قبله حكم بشـهادة فاسقين ففيه روايتان، واختلف أصحـاب الشافعى فيه أيضًا، ولا خلاف بين الجميع أنه ينقض حكمه إذا كانا كافـرين وينقض حكم غيره إذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كـافرين فنقيس على ذلك إذا حكم بشهادة فاسقين فإن شهـادة الفاسقين مجمع على ردها وقد نص الله تعالى على

ثبت هذا فى قصة الحضرمى والكندى الذين اختلفا فى الأرض، وعموم قول النبى ﷺ: «ولكن اليمين على المدّعى عليه»(٣١) **القسم الثانى:** ما ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو كل ما لا يثبت إلا بشاهدين كالقصاص وحد القذف والنكاح والطلاق والرجعة والعتق والنسب والاستيلاد والولاء والرق ففيه روايتان: **إحداهما:** لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين قال أحمد: لم أسمع من مضى جوزوا الأيمان إلا فى الأموال والعروض خاصة، وهذا قول مالك ونحوه قول أبى حنيفة فإنه قال: لا يستحلف فى النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفيئة فى الإيلاء ولا فى الرق وما يتعلق به من الاستيلاد والولاء والنسب، لأن هذه الأشياء لا يدخلها البدل وإنما تعرض اليمين فيما يدخله البدل فإن المدّعى عليه مخير بين أن يحلف أو يسلم، ولأن هذه الأشياء لا تثبت إلا بشاهدين ذكرين فلا تعرض فيها اليمين كالحدود **والرواية الثانية:** يستحلف فى الطلاق والقصاص والقذف، وقال الخرقى إذا قال: ارتجعتك فقالت: انقضت عدتى قبل رجعتك فالقول قولها مع يمينها، وإذا اختلفا فى مضى الأربعة أشهر فالقول قوله مع يمينه، فيخرج من هذا أنه يستحلف فى كل حق لآدمى، وهذا قول الشافعى وأبى يوسف ومحمد لقول النبى ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدّعى عليه»(٣٢) أخرجه مسلم، وهذا عام فى كل مدّعى عليه، وهو ظاهر فى دعوى الدماء لذكرها فى الدعوى مع عموم الأحاديث ولأنها دعوى صحيحة فى حق لآدمى فجاز أن يحلف فيها المدّعى عليه كدعوى المال، **الضرب الثانى:** حقوق الله تعالى وهى نوعان: **أحدهما:** الحدود فلا تشرع فيها يمين ولا نعلم فى هذا خلافًا، لأنه لو أقر ثم رجع عن إقراره قبل منه وخلى من غير يمين فلأن لا يستحلف مع عدم الإقرار أولى، ولأنه يستحب ستره والتعويض للمقر به بالرجوع عن إقراره وللشهود بترك الشهادة والستر عليه، قال النبى ﷺ لهزال فى قصة ماعز: «يا هزال لو سترته بثوبك لكان

التبين فيها فقال سبحانه: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا**﴾ (الحجرات: ٦) وأمر بإشهاد العدول فقال سبحانه: ﴿**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ**﴾ (الطلاق: ٢) وقال سبحانه: ﴿**مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ**﴾ (البقرة: ٢٨٢) فيجب نقض الحكم لفوات العدالة كما يجب نقضه لفوات الإسلام ولأن الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه فإذا شهد شاهدان أنه كان موجودًا حال الحكم وجب نقض الحكم كالكفر والرق فى العقوبات، إذا ثبت هذا فإن أبا حنيفة قال: لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين قبل الحكم ولا بعده ومتى جرح المشهود عليه البينة لم تسمع بينته بالفسق لكن يسأل عن الشاهدين ولا يسمع على الفسق شهادة، لأن الفسق لا يتعلق به حق أحد فلا تسمع فيه الدعوى والبينة.

ولنا: أنه معنى يتعلق به الحكم فسمعت فيه الدعوى والبينة كالتزكية، وقوله: لا يتعلق به

---

(٣١) تقدم برقم (٦/ ١٣٣).

(٣٢) تقدم برقم (٦/ ١٣٣).

خيرًا لك»[٣٣] فلا تشرع فيه يمين بحال، **النوع الثانى**: الحقوق المالية كدعوى الساعى الزكاة على رب المال وأن الحول قد تم وكمل النصاب، فقـال أحمد: القول قول رب المال من غير يمين ولا يستـحلف الناس على صدقاتهم، وقال الشـافعى وأبو يوسف ومحمـد: يستحلف، لأنها دعوى مسموعة أشبه حق الآدمى.

ولنا: أنه حق لله تعالى أشـبه الحد، ولأن ذلك عبادة فـلا يستحلف عليهـا كالصلاة ولو ادعى عليه أن عليه كفارة يمين أو ظهار أو نذر صـدقة أو غيرها فالقول قوله فى نفى ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى فى هذا ولا فى حد لله تعالى، لأنه لا حق للمدّعى فيه ولا ولاية له عليه فـلا تسمع منه دعواه، كمـا لو ادعى حقّا لغـيره من غير إذنه ولا ولاية له عليـه، فإن تضمنت دعواه حقًا له مثل أن يدّعى سرقة مـاله ليضمن السارق أو يأخذ منه ما سرقه أو يدّعى عليه الزنا بجاريته ليـأخذ مهرها منه سمعت دعواه ويسـتحلف المدعى عليه لحق الآدمى دون حق الله تعالى.

١٩١٦- مسألة: قال: **(وإذا شهد من الأربعة اثنان أن هذا زنى بها فى هذا البيت وشهد الآخران أنه زنى بها فى البيت الآخر فالأربعة قذفه وعليهم الحد)**.

وجملـته: أن من شرط صحة الشهادة على الزنا اجتماع الشهود الأربعة على فعل واحد، فإن لم يجتمعوا لم تكمل الشهادة وكان الجميع قذفة وعليهم الحد، فإذا شهد اثنان أنه زنى بها

حق أحد ممنوع، فإن المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه فى منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعد، وتبرئتـه من أخذ ماله أو عقـوبته بغير حق فوجب أن تسـمع فيه الدعوى والبـينة كما لو ادعى رق الشاهد ولم يدعـه لنفســه ولأنه إذا لم تسمع البينة بالـفسق أدى إلى ظلم المشـهود عليه، فإذا لم يسمع عليه شهادتهم وحكم عليه بشهـادة الفاسقين كان ظالمًا له، فأما إن قامت البينة أنه حكم بشهادة والدين أو ولدين أو عدوين فإن كان الحاكم الذى حكم بشهادتهما ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه، لأنه حكم باجتهاده فيما يـسوغ فيه الاجتهاد ولم يخالف نصًا ولا إجماعًا، فإن كل ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه، لأن الحاكم يعتقد بطلانه.

فـــصل: فإن كان المحكوم بـه إتلافًا كالقطع فى السرقة والقتل ثم بان أنهـما كافران أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما فلا ضمان على الشاهدين، لأنهما مقيمان على أنهما صادقان فيما شهـدا به، وإنما الشرع منع قبـول شهادتهـما بخلاف الراجعـين عن الشهادة، فـإنهما اعتـرفا بكذبهما، فإن لم يكن ثم مزكون فالضمان على الحاكم أو الإمام الذى تولى ذلك، لأنه حكم بشهـادة من لا يجوز له الحكم بشـهادته ولا قـصاص عليه، لأنه مـخطئ وتجب الدية، وفى محلها روايتان: **إحداهـما**: فى بيت المال، **والثانية**: على العاقلة وقد ذكر ذلك فيما مضى، وللشافـعى قولان كالروايتـين، فإن قلنا: الدية على العـاقلة لم تحمل إلا الثلث فـما زاد ولا

---

(٣٣) تقدم برقم (١١٩/ ١٥٦٢).

فى هذا البيت، واثنان أنه زنى بها فى بيت آخر فما اجتمعوا على الشهادة بزنا واحد، لأن الزنا فى هذا البيت غير الزنا فى الآخر فلم تكمل شهـادتهم ويحدون حد القذف، وبهذا قال مالك والشافعى فى أحد قوليـه، وقال أبو بكر: تكمل شهادتهم ويحد المشهود عليـه، واستبعده أبو الخطاب وقال: هذا سهـوٌ من الناقل، لأنه يخالف الأصول والإجماع، والحد يدرأ بـالشبهات فكيف يجب بها.

وقال النخـعى وأصحاب الرأى وأبو ثور والشافـعى فى قول: لا حد على الشـهود لأنهم كملوا أربعة ولا على المشهود عليه، لأنهم لم يشهدوا بزنا واحد يجب الحد به.

ولنا: أنهم لم يشهدوا بزنا واحد فلزمهم الحـد كما لو شهد اثنان أنه زنى بامرأة واثنان أنه زنى بغيرها، ولأنه لا يخلو مـن أن تكون شهادتهم بزنا واحد أو باثنين، فإن كـان بفعل واحد مثل أن يعـين الجميع وقتًـا واحدًا لا يمكن زناه فيه فى المـوضعين، فاثنان منهم كـاذبان يقينًا واثنان منهم لو خلوا عن المـعارضـة لشهادتهم لكانـا قذفة فـمع التعـارض أولى، وإن كانت شهادتهم بفـعلين كانوا قذفة كمـا لو عينوا فى شهادتهم أنه زنى مرة أخـرى، وما ذكروه يبطل بالأصل الذى ذكرناه.

فـصل: وكذلك كل شهادة على فعلين مثل أن يشهد اثنان أنه زنى بامرأة وآخران أنه زنى بأخرى، أو يشهدان أنه زنى بها فى يوم، وآخران أنه زنى بها فى آخر، أو يشهدان أنه زنى بها ليلاً، وآخران أنه زنى بها نهارًا، أو يشهدان أنه زنى بها غـدوة ويشهد آخران أنه زنى بها عشيّا وأشباه هذا فإنهم قذفة فى هذه المواضع، وعليهم الحد لما ذكرناه، فإن شهد اثنان أنه زنى بها فى زاوية بيت، وشهد آخران أنه زنى بهـا فى زاوية منه أخرى، وكانتا متباعـدتين فالحكم فيه كما ذكرنا، وقال أبو حنيفة: تقبل شهادتهم ويحد المشهود عليه استحسانًا وهو قول أبى بكر.

تحمل الكفارة، لأنها لا تحمل ذلك فى محل الوفاق كذا هـهنا وتكون الكفارة فى مال القاتل، وإن قلنا: فى بيت المـال فينبـغى أن يكون فى القليل والكثيـر، لأنه يكثر فـيه خطؤه فـجعل الضمان عليه يجحف به وإن قل، ولأن جعله فى بيت المال لعلة أنه نائب عنهم وخطأ النائب على مستنيبه، وسواء تولى الحاكم الاستيـفاء بنفسه أو أمر من يتولاه، قال أصحابنا: وإن كان الولى استوفاه فـهو كما لو استوفاه الحـاكم، لأن الحاكم سلطه على ذلك ومكنه منه، والولى يدعى أنه حـقه **فـإن قـيل:** فإذا كان الولى استوفى حقه فـينبغى أن يكون الضمان عليه كما لو حكم له بمال فقبضـه ثم بان فسق الشهود كان الضمان على المسـتوفى دون الحاكم كذا هـهنا **قـلنـا:** ثم حصل فى يد المستوفى مال المحكوم عليـه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه إن تلف، وههنا لم يحصل في يده شيء وإنما أتلف شيئًا بخطأ الإمام وتسليطه عليه فافترقا.

فـصل: فإن كان ثم مزكون مثل أن يشهد بالزنا أربعة فـيزكيهم اثنان فرجم المشهود عليه ثم بان الشهـود فسـقة أو عبـيدًا أو بعـضهم فلا ضـمان على الشـهود، لأنهم يزعـمون أنهم

ولنا: أنهمـا مكانان لا يمكن وقوع الفعل الواحـد فيهما ولا يصـح نسبته إليـهما فأشـبها البيتـين، وأما إن كانتا متقـاربتين تمكن نسبته إلى كل واحـد منهما لقربه منها كـملت الشهادة لإمكان صدقهم فى نسبته إلى الزاويتين جميعًا.

فـصل: ومتى كانت الشهادة على فعل فـاختلف الشاهدان فى زمنه أو مكانه أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما مثل أن يشهد أحدهما أنه غصبه دينارًا يوم السبت، ويشهد الآخر أنه غصبه دينارًا يوم الجمعة، أو يشهد أحدهما أنه غصبه بدمشق، ويشهد الآخر أنه غصبه بمصـر، أو يشهد أحدهما أنه غصبه دينارًا، ويشهد الآخـر أنه غصبه ثوبًا فلا تكمل الشهادة، لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان، وهكذا إن اختلفا فى زمن القتل أو مكانه أو صفته أو فى شرب الخـمر أو القذف لم تكمل الشـهادة، لأن ما شهـد به أحد الشاهدين غـير الذى شهد به الآخـر فلم يشهد بكل واحـد من الفعلين إلا شاهد واحد فلم يقـبل إلا على قول أبى بكر، فإن هذه الشهادة لـم تكمل، ويثبت المشهود به إذا اختلفا فـى الزمان والمكان، فأما إن اختلفا فى صفة الفعل فشهد أحدهمـا أنه سرق مع الزوال كيسًا أبيض وشهد آخر أنه سرق مع الزوال كيسًا أسود، أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الـكيس غدوة، وشهد الآخر أنه سرقه عشيًا لم تكمل الشهادة ذكره ابن حامد، وقال أبو بكر: تكمل والأول أصح، لأن كل فعل لم يشهد به إلا واحد على ما قدمناه.

محقون، ولم يعلم كذبهم يقينًا والضمان على المزكين، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وقال القاضـى: الضمان علـى الحاكم، لأنه حكم بقـتله من غيـر تحقـيق شرطه ولا ضمـان على المزكـين، لأن شهادتهـما شرط وليـست الموجبـة، وقال أبو الخطاب: فى رءوس المـسائل الضمان على الشهود بالزنا.

ولنا: أن المزكين شهـدوا بالزور شهادة أفضت إلى قتله فلزمهم الضمـان كشهود الزنا إذا رجعوا ولا ضمان على الحاكم، لأنه أمكن إحالة الحكم على الشـهود فأشبه ما إذا رجعوا عن الشهـادة، وقولهم إن شـهادتهم شـرط لا يصح، لأن من أصلنا أن شهـود الإحصان يـلزمهم الضمان، وإن لم يشهدوا بالسبب، وقـد نص عليه أحمد، وقول أبى الخطاب: لا يصح، لأن شهـود الزنا لم يرجعـوا ولا علم كذبهم بخـلاف المزكـين، فإنه تبـين كذبهم وأنهم شـهدوا بالزور، فأما إن تبين فسـق المزكين فالضمان على الحاكم، لأن التفريـط منه حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث فلزمه الضمان، كما لو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين كذبهم.

فـصل: ولو جلد إمام إنسانًا بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة أو كفرة أو عبيد فعلى الإمام ضمان ما حصل بسبب الضرب.

وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه.

ولنا: أنها جناية صدرت عن خطأ الإمام فكانت مضمونة عليه كما لو قطعه أو قتله.

وإن اختلفا في صفة المشهود به اختلافًا يوجب تغايرهما مثل أن يشهد أحدهما بثوب، والآخر بدينار فلا خلاف في أن الشهادة لا تكمل، لأنه لا يمكن إيجابهما جميعًا لأنه يكون إيجابًا بالحق عليه بشهادة واحد، ولا إيجاب أحدهما بعينه، لأن الآخر لم يشهد به وليس أحدهما أولى من الآخر، فأما إن شهد بكل فعل شاهدان واختلفا في الزمان أو المكان أو الصفة ثبتا جميعًا، لأن كل واحد منهما قد شهدت به بينة عادلة لو انفردت أثبتت الحق، وشهادة الأخرى لا تعارضها لإمكان الجمع بينهما إلا أن يكون الفعل مما لا يمكن تكرره كقتل رجل بعينه فتتعارض البينتان لعلمنا أن إحداهما كاذبة، ولا نعلم أيتهما هي بخلاف ما يتكرر ويمكن صدق البينتين فيه فإنهما جميعًا يثبتان إن ادعاهما، وإن لم يدع إلا إحداهما ثبت له ما ادعاه دون ما لم يدعه.

وإن شهد اثنان أنه سرق مع الزوال كيسًا أسود وشهد آخر أنه سرق مع الزوال كيسًا أبيض، أو شهد اثنان أنه سرق هذا الكيس غدوة، وشهد آخران أنه سرقه عشيًا فقال القاضي: يتعارضان وهو مذهب الشافعي كما لو كان المشهود به قتلاً، والصحيح أن هذا لا تعارض فيه، لأنه يمكن صدق البينتين بأن يسرق عند الزوال كيسين أبيض وأسود فتشهد كل بينة بأحدهما ويمكن أن يسرق كيسًا غدوة ثم يعود إلى صاحبه أو غيره فيسرقه عشيًا ومع إمكان الجمع لا تعارض، فعلى هذا إن ادعاهما المشهود له ثبتا له في الصورة الأولى، وأما في

17- مسألة: (وإن شهدوا عند الحاكم بحق ثم ماتوا حكم بشهادتهم إذا ثبتت عدالتهم).

لأنهم أدوا الشهادة، أشبه ما لو كانوا أحياء وكذلك إن جنوا، لأن جنونهم بمنزلة موتهم.

18- مسألة: (وإذا علم الحاكم بشاهد الزور عزره وطاف به في المواضع التي يشتهر فيها فيقال: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاجتنبوه)(1).

شهادة الزور من أكبر الكبائر وقد نهى تعالى عنه في كتابه مع نهيه عن الأوثان فقال سبحانه: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ (الحج: ٣٠) وروى أبو بكرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ قالوا: بلى يا رسول الله قال: «الإشراك بالله وعقوق الوالدين» وكان متكئًا فجلس فقال: «ألا وقول الزور وشهادة الزور» فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت، متفق عليه وروى أبو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «شاهد الزور لا تزول قدماه حتى تجب له النار» فمتى ثبت عند الحاكم أن رجلاً شهد بزور عمدًا عزره وشهره في قول أكثر أهل العلم، وروى ذلك عن عمر ﷺ وهو قول شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والأوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يعزر ولا يشهر، ولأنه قول منكر وزور فلا يعزر به كالظهار، وروى عنه الطحاوي أنه يشهر وأنكره المتأخرون.

---

(1) أحاديث هذه المسألة مخرجه في المغني في المسألة رقم (١٩٢٣).

الصورة الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب، فإن المشهود به وإن كان فعلين لكنهما فى محل واحد فلا يجب أكثر من ضمـانه، وإن لم يدع المشهود له إلا أحد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه، وإن شهد له شاهد بسرقة كيس فى يوم وشهد آخر بسرقة كيس فى يوم آخر أو شـهد أحدهمـا فى مكان وشهد آخـر بسرقة فى مكان آخـر أو شهد أحـدهما بغصب كيس أبيض، وشهـد آخر بغصب كيس أسود فادعاهمـا المشهود له فله أن يحلف مع كل واحد منهما ويحكم له به، لأنه مال قد شهد له به شاهد، وإن لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه، ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه.

فـــصل: فأما الشهـادة على الإقرار مثل أن يشهد أحدهما أنـه أقر عندى يوم الخميس بدمشق أنه قتله أو قذفه أو غصبه كذا أو أن له فى ذمته كذا ويشهد آخر أنه أقر عندى بهذا يوم السبت بحـمص كملت شـهادتهمـا، وبهذا قـال أبو حنيفة والشـافعى، وقـال زفر: لا تكمل شهادتهما، لأن كل إقرار لم يشهد به إلا واحد، فلم تكمل الشهادة فأشبه الشهادة على الفعل.

ولنا: أن المقر به واحد، وقد شهد اثنان بالإقرار به فكملت شهادتهما كما لو كان الإقرار بهمـا واحدًا وفارق الشهـادة على الفعل، فإن الشهـادة فيها على فـعلين مختلفـين فنظيره من الإقرار أن يشهد أحدهما أنه أقر عندى أنه قتله فـى يوم الخميس، وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة، فإن شهادتهما لا تقبل هـهنا، ويحقق ما ذكرناه أنه لا يمكن جمع الشهود لسماع

ولنا: أنه قول محرم يضر به الناس فأوجب العـقوبة على قائله كالسب والقذف، ويخالف الظهار من وجهين: **أحدهما:** أنه يختص بضرره، **والثانى:** أنه أوجب كفارة شاقة هى أشد من التعزير، ولأنه قول عمر رضي الله عنه ولا نعلم له فى الصحابة مـخالفًا، إذا ثبت ذلك فإن عقوبته غير مقـدرة، وإنما ذلك مـفوض إلى رأى الحـاكم إن رأى ذلك بالجلد فعل، وإن رآه بـحبس أو كشف رأسـه وتوبيخه فعل، ولا يزيد فى جلـده على عشر جلدات، وقال الشـافعى: لا يزيد على تسع وثلاثين، وقـال ابن أبى ليلى: يجلد خمسًـا وسبعـين سوطًا، وهذا أحـد قولى أبى يوسف، وقال الأوزاعى فى شاهدى الطلاق: يجلدان مائة ويغرمان الصداق.

ولنا: قول النـبى ﷺ: «لا يجلد أحد فوق عـشر جلدات إلا فى حـد من حدود الله» متفق عليه، وقال القـاسم وسالم: يخفق سبع خفقات، فأمـا شهرته بين الناس فإنه يوقف فى سوقه إن كان من أهل السـوق أو فى قبيلته إن كان من أهل القبائل أو فى مـسجده إن كان من أهل المـساجـد ويقول المـوكل به: إن الحاكم يـقرأ عليكم السـلام ويقول: هذا شـاهد زور فاعرفوه، وهذا مذهب الشافعى وأتى الوليد بن عبد الملك بشاهد زور فأمر بقطع لسانه وعنده القاسم وسالم فقالا: سبـحان الله بحسبه أن يخفق سبع خفقات ويقام بعـد العصر فيقال: هذا أبو قبيس وجدناه شاهد زور فـفعل ذلك به، ولا يسخم وجهه ولا يركب ولا يكلف أن ينادى على نفسـه، وروى عن عمر رضي الله عنه أنه يجلد أربعين جلده ويسـخم وجهه ويطال حـبسه، رواه

الشهادة فى حق كل واحد، والعادة جارية بطلب الشهود فى أماكنهم لا فى جمعهم إلى المشهود له فيمضى إليهم فى أوقات متفرقة وأماكن مختلفة فيشهدهم على إقراره، وإن كان الإقرار على فعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهما: أشهد أنه أقر عندى أنه قتله يوم الخميس، وقال الآخر: أشهد أنه أقر عندى أنه قتله يوم الجمعة أو قال أحدهما: أشهد أنه أقر عندى أنه قذفه بالعربية، وقال الآخر: أشهد أنه أقر عندى أنه قذفه بالعجمية لم تكمل الشهادة، لأن الذى شهد به أحدهما غير الذى شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة، كما لو شهد أحدهما أنه أقر أنه غصبه دنانير، وشهد الآخر أنه أقر أنه غصبه دراهم لم تكمل الشهادة، وعلى قول أبى بكر تكمل الشهادة فى القتل والقذف، لأن القذف بالعربية أو العجمية، والقتل بالبصرة أو الكوفة ليس من المقتضى فلا يعتبر فى الشهادة ولم يؤثر، والأول أصح.

فصل: فإن شهد أحدهما أنه باع أمس، وشهد الآخر أنه باع اليوم أو شهد أحدهما أنه طلقها أمس، وشهد الآخر أنه طلقها اليوم فقال أصحابنا: تكمل الشهادة، وقال الشافعى: لا تكمل، لأن كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبه ما لو شهد بالغصب فى وقتين.

ووجه قول أصحابنا: أن المشهود به شيء واحد يجوز أن يعاد مرة بعد أخرى ويكون واحدًا فاختلافهما فى الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية.

الإمام أحمد، وقال سوار: يلبب ويدار به على حلق المسجد فيقول: من رآنى فلا يشهد بزور، وروى عن عبد الملك بن يعلى قاضى البصرة أنه أمر بحلق بعض رءوسهم وتسخيم وجوههم، ويطاف بهم فى السوق والذى شهدوا له معهم.

ولنا: أن هذا مثلة وقد نهى النبى ﷺ عن المثلة، وما روى عن عمر فقد روى عنه خلافه وأنه حبسه يومًا وخلى سبيله، وفى الجملة ليس فى هذا تقرير شرعى، فما فعل الحاكم مما رآه لم يخرج عن مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك، ولا يفعل به شيء من هذا حتى يتحقق أنه شاهد زور وتعمد ذلك أو يشهد على رجل بفعل فى الشام ويعلم أن المشهود عليه فى ذلك الوقت فى العراق، أو يشهد بقتل رجل وهو حى، وأن هذه البهيمة فى يد هذا منذ ثلاثة أعوام وسنها أقل من ذلك، أو يشهد على رجل أنه فعل شيئًا وقد مات قبل ذلك وأشباه هذا مما يعلم به كذبه ويعلم تعمده لذلك، فأما تعارض البينتين أو ظهور فسقه أو غلطه فى شهادته فلا يؤدب، لأن الفسق لا يمنع الصدق، والتعارض لا يمنع أنه كذب إحدى البينتين بعينها، والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده فيعفى عنه، قال الله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ (الأحزاب: ٥).

فصل: ومتى علم أن الشاهدين شهدا بالزور تبين أن الحكم كان باطلاً ولم نقضه لأنا

فـــصل: وكذلك الحكم فى كل شـهادة على قول فـالحكم فيه كـالحكم فى البيع إلا النكاح، فإنه كـالفعل الواحد، فإذا شـهد أحدهما أنه تزوجـها أمس وشهد الآخر أنــه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة فى قـولهم جميعًا، لأن النكاح أمس غير النـكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين إلا شاهد واحد فلم يثبت كمـا لو كانت الشهادة على فعل، وكذلك القذف فإنه لا تكمل الشهادة إلا أن يشهدا على قذف واحد.

فـصل: فإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد، وشـهد الآخر أنه أقر بغصبه منه كملت الشهـادة وحكم بها، لأنه يجوز أن يكون الغـصب الذى أقر به هو الذى شهـد الشاهد به فلم يختلف الفعل وكملت الشهادة كما لو شهدا فى وقتين على إقراره بالغصب، وقال القاضى: لا تكمل الشهادة ولا يحكم بها، وهو قول الشافعى، لأنه يجـوز أن يكون ما أقر به غير ما شهد به الشاهد، وهذا يبطل بالشهادة اقرارين فإنه يجوز أن يكون ما أقره به عند أحد الشاهدين غير ما أقر به عند الآخر إذا كانا فى وقتين مـختلفين، ولأنه إذا أمكن جعل الشهادة على واحد لم تحمل على اثنين كالإقـرارين، وكما لو شهد بالغصب اثنان وشـهد على الإقرار به اثنان، وإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد من زيد أو أنه أقـر بغصبه منه وشهد الآخر أنه ملك زيد لم تكمل شهادتهمـا لأنهما لم يشهدا على شىء واحد وإن شهـد أنه أخذه من يديه ألزمه الحاكم رده إلى يديه لأن اليد دليل الملك فـترد إلى يده لتكون دلالتها ثابتة له، قـال مهنا: سألت أبا

تبينا كـذبهما، وإن كـان المحكوم به مـالاً رد إلى صاحبـه، وإن كان إتلافًا فـعلى الشاهدين ضمانه، لأنهما سبب إتلافه إلى أن يثبت ذلك بإقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له فيكون ذلك رجوعًا منهما عن شهادتهما، وقد مضى حكم ذلك.

فـصل: وإن تاب شاهد الزور ومضى على ذلك مدة تظهر فيهـا توبته وتبين صدقه فيها وعدالته، قبلت شهادته، وبه قال أبو حنيفة والشافعى، وقال مالك: لا تقبل شهادته أبدًا، لأن ذلك لا يؤمن منه.

ولنا: أنه تائب من ذنبـه فقبلت توبتـه كسائـر التائبين، وقـوله: لا يؤمن منه ذلك، قلنا: مجـرد الاحتمـال لا يمنع قبـول الشهادة بدليل سـائر التائبـين، فإنه لا يؤمن مـعاودة ذنوبهم وشهادتهم مقبولة.

19- مسألة: (ولا تقبل الشهادة إلا بلفظ الشهادة فإن قال: أعلم أو أحق لم يحكم به).

وجـملة ذلك أن لفظ الشهادة معتبر فى أدائها فيقول: أشهد أنه أقر بكذا ونحوه ولو قال: أعلم أو أحق أو أتيقن أو أعرف لم يعتد به، لأن الشهادة مصـدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الإتيان بفـعلها المشـتق منها، ولأن فيـها معنى لا يحـصل فى غيرها من اللـفظات بدليل أنها تستـعمل فى اللعان ولا يحصل ذلك من غـيرها، وهذا مذهب الشـافعى، ولا أعلم فى ذلك خلافًا.

عبد الله عن رجل ادعى داراً فى يد رجل وأقام شاهدين شهد أحدهما أن هذه الدار لفلان، وقال الآخر: أشهد أن هذه الدار دار فلان قال: شهادتهما جائزة.

فصل: ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه، لأن الناس يختلفون فى شروطه فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد يعتقد أن النكاح صحيح وهو فاسد، وإن شهد بعقد سواه كالبيع والإجارة فهل يشترط ذكر شروطه؟ على روايتين: **إحداهما:** يشترط ذكرها، لأن الناس يختلفون فى شروطه فاشتراط ذكرها كالنكاح، **والثانية:** لا يشترط ذكر شروطه، لأنه لا يشترط ذكرها فى الدعوى فكذلك فى الشهادة به بخلاف النكاح، وإن شهد بالرضاع فلا بد من ذكر أنه شرب من ثديها أو من لبن حلب منه وعدد الرضعات، لأن الناس يختلفون فى عدد الرضعات وفى الرضاع المحرم وإن شهد أنه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها، ولا بد من ذكر أن ذلك كان فى الحولين، وإن شهد بالقتل فلا بد من وصف القتل فيقول: جرحه فقتله أو ضربه بكذا فقتله أو ضربه بكذا فقتله، ولو قال: ضربه فمات لم يحكم بذلك الجواز أن يكون مات بغير هذا، وقد روى عن شريح أنه شهد عنده رجل فقال: أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح: فمات منه أو فقتله؟ فأعاد القول الأول وأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل: فقتله ولا فمات منه فقال له شريح: قم فلا شهادة لك: رواه سعيد[٣٤]، ومن شهد بالزنا فلا بد من ذكر الزانى والمزنى بها ومكان الزنا وصفته، لأن اسم الزنا يطلق على ما لا يوجب الحد، وقد يعتقد الشاهد ما ليس بزنا زنا فاعتبر ذلك صفته ليزول الاحتمال، واعتبر ذكر المرأة لئلا تكون ممن تحل له أو له فى وطئها شبهة وذكر المكان لئلا تكون الشهادة منهم على فعلين، ومن أصحابنا من قال: لا يحتاج إلى ذكر المزنى بها ولا

فصل: وإذا عين العدل شهادته بحضرة الحاكم فزاد فيها أو نقص قبلت منه ما لم يحكم بشهادته ذكره الخرقى مثل أن يشهد بمائة ثم يقول: بل هى مائة وخمسون أو بل هى تسعون فإنه يقبل منه رجوعه ويحكم بما شهد به أخيراً.

وبهذا قال أبو حنيفة والثورى إسحاق، وقال الزهرى: لا تقبل شهادته الأولى ولا الأخيرة، لأن كل واحدة منهما ترد، ولأن الأولى مرجوع عنها، **والثانية:** غير موثوق بها لأنها من مقر بغلطه وخطئه فى شهادته فلا يؤمن أن تكون فى الغلط كالأولى، وقال مالك: يؤخذ بأقل قوليه لأنه أدى الشهادة وهو غير متهم فلا يقبل رجوعه عنها كما لو اتصل بها الحكم.

ولنا: أن شهادته الآخرة شهادة من عدل غير متهم لم يرجع عنها فوجب الحكم بها كما لو لم يتقدمها ما يخالفها ولا تعارضها الأولى، لأنها قد بطلت برجوعه عنها ولا يجوز الحكم بها، لأنها شرط الحكم فوجب استمرارها إلى انقضائه ويفارق رجوعه بعد الحكم، لأن الحكم قد تم باستمرار شرطه فلا ينقض بعد تمامه.

---

(٣٤) انظر أخبار القضاة (٢/ ٣٠٠).

ذكر المكان، لأنه محل للفعل فلم يعتبر ذكره كالزمـان وإن شهد بالسرقة فلا بد من ذكر سرقة نصـاب من الحرز وذكـر المسـروق منه وصفـة السرقة، وإن شـهد بالـقذف فلا بد مـن ذكر المقذوف وصفة القذف وإن شهد بمال احتاج إلى تحريره بمثل ما ذكرنا فى الدعوى، وإن ترك الشاهد ذكر شىء يحتـاج إلى ذكره سأله الحاكم عنه كما سأل شـريح الشاهد الذى شهد عنده أنه اتكأ عليه بمرفقه حتى مات، وإن حرر المدعى دعواه أو حرر أحد الشاهدين شهادته وشهد بها وقال الآخر: أشهد بمثل ذلك أو قال حين حرر المدعى دعواه أشهد بذلك أو بهذا أجزأه.

١٩١٧- **مـسألة:** قال: (**ولو جاء أربعة متفرقون والحاكم جالس فى مجلس حكمه لم يقم قبل شهادتهم، وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد**).

هذه المسألة قد ذكرناها فى كتاب الحدود بما أغنى عن إعادتها هنا.

١٩١٨- **مـسألة:** قـال: (**ومن حكم بشهادتهـما بجرح أو قتل ثم رجعا، وقـالا عمدنا اقتص منهما وإن قالا: أخطأنا غرما الدية أو أرش الجرح**).

وجـملة الأمـر: أن الشهود إذا رجعوا عن شـهادتهم بعد أدائها لم يخل من ثلاثة أحوال: أحدها: أن يرجعوا قبل الحكم بها فلا يجوز الحكم بها فى قول عامة أهل العلم، وحكى عن أبى ثور أنه شذ عن أهل العلم وقال: يحكم بها، لأن الشـهادة قد أديت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجعا بعـد الحكم وهذا فاسد، لأن الشهادة شرط الحكم، فإذا زالت قبله لم

باب اليمين فى الدعاوى[1]

وهى مشروعة فى حق المنكر فى كل حق لآدمى.

وجملة ذلك أن الحقوق على ضربين: أحدهما: ما هو حق لآدمى، والثانى: ما هو حق لله تعالى وحق الآدمى ينقسم قسمين:

أحـدهـما: ما هو مال أو المقصود منه المـال كالبيع والقرض والصلح والغصب والجناية الموجبـة للمال فيستـحلف فيه لقول رسول الله ﷺ «لو يعطـى الناس بدعواهم لادعى قوم دمـاء رجال وأمـوالهم ولكن اليمـين على المـدعى عليه» مـتفـق عليه ولحـديث الحضـرمى والكندى.

القـسم الثانى: ما ليس بمال ولا المـقصود منه المال وهو كل مـا لا يثبت إلا بشاهدين كالقـصاص وحد القـذف والنكاح والطلاق والرجعـة والعتق والنسب والاستـيلاء والرق ففـيه روايتان.

إحداهما: لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين، قال أحمد: ولم أسمع من مضى جوز الأيمان إلا فى الأموال والعروض خاصة، وهذا قول مالك ونحوه قول أبى حنيفة،

---

(١) أحاديث هذا الكتاب مخرجة فى المغنى مسألة رقم (١٩١٥).

يجز كما لو فسقا، ولأن رجوعهما يظهر به كذبهما، فلم يجز الحكم بها كما لو شهدا بقتل رجل ثم علم حياته، ولأنه زال ظنه فى أن ما شهد به حق فلم يجز له الحكم به كما لو تغير اجتهاده وفارق ما بعد الحكم فإنه تم بشرطه، ولأن الشك لا يزيل ما حكم به كما لو تغير اجتهاده، **الحال الثانى**: أن يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فينظر، فإن كان المحكوم به عقوبة كالحد والقصاص لم يجز استيفاؤه، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات، ولأن المحكوم به عقوبة ولم يتعين استحقاقها ولا سبيل إلى جبرها فلم يجز استيفاؤها كما لو رجعا قبل الحكم وفارق المال فإنه يمكن جبره بإلزام الشاهدين عوضه، والحد والقصاص لا ينجبر بإيجاب مثله على الشاهدين، لأن ذلك ليس بجبر ولا يحصل لمن وجب له منه عوض، وإنما شرع للزجر والتشفى والانتقام لا للجبر، **فإن قيل**: فقد قلتم: إنه إذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهدان استوفى فى أحد الوجهين، **قلنا**: الرجوع أعظم فى الشبهة من طريان الفسق، لأنهما يقران أن شهادتهما زور وأنهما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما، وهذا الذى طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذبًا ولا أنه كان فاسقًا حين أدى الشهادة ولا حين الحكم بها، ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء لم يلزمه شىء، والراجعان تلزمهما غرامة ما شهدا به فافترقا، وإن كان المشهود به مالاً استوفى ولم ينقض حكمه فى قول أهل الفتيا من علماء الأمصار، وحكى عن سعيد بن المسيب والأوزاعى أنهما

فإنه قال: لا يستحلف فى النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفيئة فى الإيلاء ولا فى الرق وما يتعلق به من الاستيلاء والولاء والنسب، لأن هذه الأشياء لا يدخلها البدل، وإنما تعرض اليمين فيما يدخلها البدل، فإن المدعى عليه مخير بين أن يحلف أو يسلم، ولأن هذه الأشياء لا تثبت إلا بشاهدين ذكرين فلا تعرض فيها اليمين كالحدود.

والرواية الثانية: يستحلف فى الطلاق والقصاص والقذف، وقال الخرقى إذا قال: ارتجعتك فقالت: انقضت عدتى قبل رجعتك فالقول قولها مع يمينها، وإذا اختلفا فى مضى الأربعة الأشهر فى الإيلاء فالقول قوله مع يمينه، فيخرج فى هذا أنه يستحلف فى كل حق لآدمى، وهذا قول الشافعى وأبى يوسف ومحمد، لقول النبى ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم» ولأن اليمين على المدعى عليه، وهذا عام فى كل مدعى، وهو ظاهر فى دعوى الدماء لذكرها فى الدعوى مع عموم الأحاديث، ولأنها دعوى صحيحة فى حق آدمى فجاز أن يحلف عليه كدعوى المال، وهذا أولى إن شاء الله تعالى، وقال أبو بكر عبد العزيز: تشرع اليمين فى كل حق لآدمى إلا فى النكاح والطلاق، لأن هذا مما لا يحل بذله فلم يستحلف كحقوق الله سبحانه وإنما كان كذلك، لأن الأبضاع مما يحتاط لها فلا تستباح بالنكول، لأن النكول ليس بحجة قوية، لأنه سكوت مجرد يحتمل أن يكون للخوف من اليمين ويحتمل أن يكون للجهل بحقيقة الحال، ويحتمل أن يكون لعلمه بصدق

قالا: ينقض الحكم وإن استوفى الحق، لأن الحق ثبت بشهادتـهما، فإذا رجعا زال ما ثبت به الحكم فنقض الحكم كما لو تبين أنهما كانا كافرين.

ولنا: أن حق المشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما كما لو ادعياه لأنفسهما، يحقق هذا أن حق الإنسان لا يزول إلا ببينة أو إقرار، ورجـوعهما ليس بشهادة، ولهـذا لا يفتقر إلى لفظ الشهادة ولا هو إقرار من صاحب الحق وفارق ما إذا تبين أنهما كافرين، لأننا تبينا أنه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العـدول، وفى مسألتنا لم يتبين ذلك بجواز أن يكـونا عدلين صادقين فى شهـادتهمـا، وإنما كـذبا فى رجوعـهما ويفـارق العقـوبات حيث لا تسـتوفى فـإنها تدرأ بالشبهات.

الحـال الثـالث: أن يرجعا بعد الاستيفـاء فإنه لا يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شيء سواء كان المشهـود به مالاً أو عقوبة، لأن الحكم قد تم باستيـفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ويرجع به على الشاهدين ثم ينظر، فإن كـان المشهود به إتلافًا فى مثله القصاص كالقـتل والجرح نظرنا فى رجوعـهما، فإن قـالا: عمدنا الشـهادة عليه بالزور ليـقتل أو يقطع فعليهما القصاص، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبى ليلى والأوزاعى والشافعى وأبو عبيد.

وقال أصـحاب الرأى: لا قود عليـهما، لأنهـما لم يباشـرا الإتلاف فأشبهـا حافر البـئر وناصب السكين إذا تلف بهما شىء.

المدعى ومع هذه الاحتمالات لا ينبغى أن يقضى به فيما يحتاط له، وقال أبو الخطاب: تشرع اليمـين فى كل حق لآدمى إلا فى تسعـة أشياء: النكاح والرجـعة والطلاق والرق والاستـيلاء والنسب والقذف والقصاص، لأن البـدل لا يدخل هذه الأشياء ثم يستحلف فيهـا كحقوق الله سبحانه، وقال القاضى: فى الطلاق والقصاص والقذف روايتان: **إحداهما:** لا يستحلف فيها لذلك، **والثانية:** يستحلف فيها، لأنها دعوى صحيحة يستحلف فيها كدعوى المال، وأما الستة الباقية فلا يستحلف فيها رواية واحـدة لما سبق، وقال الخرقى: لا يستحلف فى القصاص ولا المرأة إذا أنكرت النكاح وتحلف إذا ادعت انقضاء عدتها لما سبق، وإذا أقام العبد شاهدًا بعتقه حلف مع شاهده وعتق، وهى إحدى الروايتين عن أحمد وقد ذكرنا ذلك.

أ- مـسـألة: (ولا يستحلف فى حقوق الله سبحانه) وهى نوعان: **أحدهما:** الحدود فلا تشرع فيها يمين لا نعلم فى هذا خلافًا، لأنه لو أقر ثم رجع عن إقراره قبل منه وخلى من غير يمين فلأن لا يستحلف مع عدم الإقرار أولى ولأنه يستحب ستره والتعريض للمقر به بالرجوع عن إقراره، وللشهـود ترك الشهادة والستر علـيه، قال النبى ﷺ لهزال فى قصـة ماعز: «يا هزال لو سترته بثوبك لكان خيرًا لك» فلا تشرع فيه يمين بحال.

النوع الثـانى: الحقوق المالية كدعـوى الساعى الزكاة على رب المال، وأن الحول قد تم وكمل الـنصاب فقـال أحمـد: القول قـول رب المال بغـير يمـين ولا يسـتحلف الناس على

ولنا: أن عليًا ﷺ شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعه ثم عادا فقالا: أخطأنا ليس هذا هو السارق، فقال على: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما[٣٥]، ولا غالبًا فلزمهما القصاص كالمكره، وفارق الحفر ونصب السكين فإنه لا يفضى إلى القتل غالبًا.

وقد ذكرنا هذه المسألة فى القصاص، فأما إن قالا: عمدنا الشهادة عليه ولا نعلم أنه يقتل بهذا وكانا ممن يجوز أن يجهلا ذلك وجبت الدية فى أموالهما مغلظة، لأنه شبه عمد ولم تحمله العاقلة، لأنه ثبت باعترافها، والعاقلة لا تحمل اعترافًا، وإن قال أحدهما: عمدت قتله، وقال الآخر: أخطأت فعلى العامد نصف دية مغلظة، وعلى الآخر نصف دية مخففة، ولا قصاص فى الصحيح من المذهب، لأنه قتل عمد وخطأ.

وإن قال كل واحد منهما: عمدت وأخطأ صاحبى احتمل أن يجب القصاص عليهما لاعتراف كل واحد منهما بعمد نفسه واحتمل وجوب الدية، لأن كل واحد منهما إنما اعترف بعمد شارك فيه مخطئًا، وهذا لا يوجب القصاص والإنسان إنما يؤاخذ بإقراره لا بإقرار غيره فعلى هذا تجب عليهما دية مغلظة، وإن قال أحدهما: عمدنا جميعًا وقال الآخر: عمدت وأخطأ صاحبى فعلى الأول القصاص وفى الثانى وجهان كالتى قبلها.

وإن قالا جميعًا: أخطأنا فعليهما الدية مخففة فى أموالهما، لأن العاقلة لا تحمل الاعتراف، وإن قال أحدهما: عمدنا معًا وقال الآخر: أخطأنا معًا فعلى الأول القصاص وعلى الثانى نصف دية مخففة، لأن كل منهما يؤاخذ بحكم إقراره، وإن قال كل واحد منهما: عمدت ولا أدرى ما فعل صاحبى؟ فعليهما القصاص لإقرار كل واحد منهما بالعمد، ويحتمل أن لا يجب عليهما القصاص، لأن إقرار كل واحد منهما لو انفرد لم يجب عليه قصاص، وإنما يؤاخذ الإنسان بإقراره لا بإقرار صاحبه، وإن قال أحدهما: عمدت ولا أدرى ما قصد صاحبى سئل صاحبه، فإذا قال: عمدت ولا أدرى ما قصد صاحبى فهى كالتى قبلها، وإن قال: عمدنا معًا فعليه القصاص، وفى الأول وجهان، وإن قال: أخطأت أو أخطأنا فلا

صدقاتهم، وقول الشافعى وأبو يوسف: يستحلف، لأنها دعوى مسموعة يتعلق بها حق أدمى، أشبه حق الآدمى ووجه الأول أنه حق لله تعالى أشبه الحد، ولأن ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالصلاة، ولو ادعى عليه أن عليه كفارة يمين أو ظهار أو نذر أو صدقة أو غيرها فالقول قوله فى نفى ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى فى هذا ولا فى حد لله تعالى، ولأنه لا حق للمدعى فيه ولا ولاية له عليه فلا تسمع منه دعواه كما لو ادعى حقًا لغيره من غير إذنه ولا ولاية له عليه، فإن تضمنت دعواه حقًا له مثل أن يدعى سرقة ماله لتضمين السارق أو يأخذ منه ما سرق أو يدعى عليه الزنا بجاريته ليأخذ مهرها منه سمعت دعواه ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمى دون حق الله تعالى.

(٣٥) تقدم برقم (١٧) مسألة رقم (١٤١٦).

قصـاص على واحد منهـما، وإن جهل حـال الآخر بأن يجن أو يمـوت أو لا يقدر عليـه فلا قصاص على المقر وعليه نصيبه من الدية المغلظة.

فصل: وإن رجع أحد الشاهدين وحده فالحكم فيه كالحكم فى رجوعهما فى أن الحاكم لا يحكم بشهـادتهمـا إذا كان رجوعـه قبل الحكم وفى أنه لا يستـوفى العقـوبة إذا رجع قبل استيفائها، لأن الشرط يختل برجوعه كاختلاله برجوعهما، وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء لزمه حكم إقراره وحده، فإن أقر بما يوجب القـصاص وجب عليه، وإن أقر بما يوجب دية مغلظة وجب عليه قسطه منها، وإن أقر بالخطأ وجب عليه نصيبه من الدية المخففة، وإن كان الشهود أكثر مـن اثنين فى الحقوق الماليـة أو القصاص ونحوه فـما ثبت بشاهدين أو أكثـر من أربعة فرجع الزائد منهم قـبل الحكم واستيفـاء لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفـاء، لأن ما بقى من البينة كاف فى إثـبات الحكم واستيفـائه، وإن رجع بعد الاستيفـاء فعليه القصـاص إن أقر بما يوجبه أو قسطه من الدية أو من المفوت بشهادتهم إن كان غير ذلك وفى ذلك اختلاف سنذكره إن شاء الله تعالى.

١٩١٩- **مسألة:** قال: **(وإن كانت شهادتهما بمال غرماه ولم يرجع به على المحكوم له به سواء كان المال قائمًا أو تالفًا)**.

2- **مسألة: (ويجوز الحكم فى المال وما يقصد به المال بشاهد ويمين المدعى)**.

روى ذلك عن الخلفاء الأربـعة ﷺ، وقد سـبق ذكر ذلك ولا تقبل فـيه شهـادة امرأتين ويمين، لأن شهادة النساء نـاقصة، وإنما أجيزت بانضمام الذكر إليـهن فلا يقبلن منفردات وإن كثرن، ويحـتمل أن يقبل، لأن المرأتين فى المـال مقام رجل فيـحلف معهما كـما يحلف مع الرجل، وهو مذهب مالك، ويبطل ذلك بشهادة أربع نسوة، فإنه لا يقبل إجماعًا.

3- **مسألة: (هل يثبت العتق بشاهد ويمين؟ على روايتين)**:

إحداهـما: يثبت، وهو اختيار الخرقى وأبى بكر، لأنه إزالة ملك فـيقبل فيه شاهد ويمين كالبيع، أو إتلاف مال فيقبل فيه شاهد ويمين كالإتلاف بالفعل.

والرواية الثانية: لا تثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين، لأنه ليس بمال ولا المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال فى غالب الأحوال فأشبه الحدود والقصاص.

4- **مسألة: (ولا يقبل فى النكاح والرجعة وسائر ما لا يستحلف فيه كالطلاق والوصية شاهد ويمين)**.

لقول الله تعالى فى الرجعة: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (الطلاق: ٢) وقسنا عليه سائر ما ذكرنا، لأنه ليس بمال ولا يقصد به المال أشبه العقوبات، **وفيـه رواية أخرى:** يقبل فيه رجل وامرأتان أو يمين، لأنه ليس بعقوبة ولا يسقط بالشبـهة أشبه المال، وقال القاضى: النكاح لا يثبت إلا بشاهدين، **والثانى:** يخرج فيه روايتان ذكرنا وجههما.

أما كونه لا يرجع به على المحكوم له به فلا نعلم فيه بين أهل العلم خلافًا سواء ما حكيناه عن سعيد بن المسيب والأوزاعى، وقد ذكرنا الكلام معهما فيما مضى، فأما الرجوع به على الشاهدين فهو قول أهل العلم منهم مالك وأصحاب الرأى، وهو قول الشافعى القديم وقال فى الجديد: لا يرجع عليهما بشىء إلا أن يشهدا بعتق عبد فيضمنا قيمته، لأنه لم يوجد منهما إتلاف المال ولا يد عادية عليه فلم يضمنا كما لو ردت شهادتهما.

ولنا: أنهما أخرجا ماله من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فلزمهما الضمان كما لو شهدا بعتقه ولأنهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها فأشبه ما لو شهدا بحريته، ولأنهما تسببا إلى إتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدى القصاص، يحقق هذا أنه إذا ألزمهما القصاص الذى يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى، وقولهم: إنهما ما أتلفا المال يبطل بما إذا شهدا بعتقه، فإن الرق فى الحقيقة لا يزول بشهادة الزور وإنما حالا بين سيده وبينه وفى موضع إتلاف المال فهما تسببا إلى تلفه فيلزمهما ضمان ما تلف بسببهما كشاهدى القصاص، وشهود الزنا وحافر البئر وناصب السكين.

١٩٢٠- مسألة: قال: **(وإن كان المحكوم به عبداً أو أمة غرما قيمته).**

أما إذا شهدا بالعبد أو الأمة لغير مالكه فالحكم فى ذلك كالحكم فى الشهادة بالمال على ما ذكرنا من الخلاف فيه لأنها من جملة المال، وإن شهدا بحريتهما ثم رجعا عن الشهادة

5- مسألة: (ومن حلف على فعل نفسه أو دعوى عليه فى الإثبات حلف على البت).

معنى البت القطع، أى يحلف بالله ما له علىَّ شىء، والأيمان كلها على البت والقطع إلا على نفى فعل الغير، فإنها على نفى العلم، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعى، وقال الشعبى والنخعى: كلها على العلم، وذكره ابن أبى موسى رواية عن أحمد وذكر حديث البستانى عن القاسم بن عبد الرحمن عن النبى ﷺ: «لا تضطروا الناس فى أيمانهم أن يحلفوا على ما لا يعلمون» ولأنه لا يحلف على ما لا علم له به، وقال ابن أبى ليلى: كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه.

ولنا: حديث ابن عباس أن النبى ﷺ استحلف رجلاً فقال: «قل والله الذى لا إله إلا هو ما له عليك حق» وروى الأشعث بن قيس أن رجلاً من كندة ورجلاً من حضرموت اختصما إلى رسول الله ﷺ فى أرض من اليمن فقال الحضرمى: يا رسول الله إن أرضى اغتصبنيها أبو هذا وهى فى يده قال: «هل لك بينة؟» قال: لا، ولكن أحلفه والله ما يعلم إنها أرضى اغتصبنيها أبوه فتهيأ الكندى لليمين، رواه أبو داود ولم ينكر ذلك النبى ﷺ، وما ذكروه لا يصح، لأنه يمكنه الإحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك فى فعل غيره فافترقا فى اليمين كما لو افترقت الشهادة فإنها تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من العقود وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الأملاك والأسباب، وعلى نفى العلم فيما لا تمكن الإحاطة

لزمهما غرامة قيمتهما لسيدهمـا بغير خلاف بينهم فيه فإن المخالف فى التى قبلها هو الشافعى وقد وافق هـهنا وهو حجة عليه فـيما خالف فـيه، فإن إخراج العـبد عن يد سيده بالـشهادة بحريته كإخراجه عنهـا بالشهادة به لغير مالكه فإذا لزمه الضمان ثم لزمه هـهنا وغرما القيمة، لأن العبيد من المتقومات لا من ذوات الأمثال.

فصل: وإن شهدا بطلاق امرأة تبين به فحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول فالواجب عليهما نصف المسمى، وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال الشافعى فى أحد قوليه: يجب مهر المثل، لأنهـما أتلفا عليه البضع فلزمهما عوضه وهو مهـر المثل وفى القول الآخر: لـزمهما نصف مـهر المثل، لأنه إنمـا ملك نصف البضع بدليل أنه إنما يجب عليه نصف المهر.

ولنا: أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها أو إسلامهـا أو قتلها نفسها فـإنها لا تضمن شيئًـا، ولو فسخت نكاحها قـبل الدخول برضاع من ينفسخ به نكاحـها لم يغرم شـيئًا وإنما وجب عـليهما نصف المـسمى، لأنهمـا ألزماه للزوج بشهادتهما وقراره عليه فرجع عليهما كما يرجع به على من فسخ نكاحه برضاع أو غيره.

وقوله: إنه ملك نصـف البضع غيـر صحيح، فإن الـبضع لا يجوز تمليك نصـفه، ولأن العقد ورد على جـميعه والصداق واجب جـميعه، ولهذا تـملكه المرأة إذا قبضتـه وإنماؤه لها

بانتـفائه كالـشهادة علـى أنه لا وارث له إلا فلان وفلان، وحـديث القاسـم بن عبد الـرحمن محمول على اليمين على نفى فعل الغير.

إذا ثبت هذا فإنه يحلف فيما عليه على البت نفيًا كان أو إثباتًا، وأما ما يتعلق بفعل غيره، فإن كان إثباتًا مثل أن يدعى أنه أقرض أو باع ويقيم شاهدًا بذلك، فإنه يحلف مع شاهده على البت والقطع، وإن كان على نفى مثل أن يدعى عليه دين أو غصب أو جناية، فإنه يحلف على نفى العلم لا غير، وإن حلف عليه على البت كفاه وكان التـقدير فيه العلم كما فى الشاهد إذا شهد بعدد الورثة، وقال: ليس له وارث غيرهم سمع ذلك، وكان التقدير فيه علمه، ولو ادعى أن عبـده استـدان أو جنى فأنكـر ذلك فيمـينه على نفى العلم، لأنهـا يمين علـى فعل الغـير فأشبهت يمين الوارث على نفى فعل الموروث.

فصل: ذكر ابن أبى موسى أنه اختلف قوله فيمن باع سلعة فظهر المشترى على عيب بها فأنكره البائع هل اليمين على البتات أو على علمـه؟ على روايتين ولو أبق عبد المشترى فادعى على البـائع أنه أبق عنده فأنكر هل يلزمـه أن يحلف أنه لم يأبق قط أو على نفى علمـه؟ على روايتين إلا أن يكون ولده فيلزمه أن يحلف أنه لم يأبق قط، ووجه كون اليمين على نفى علمه أنها على نفى فعل الغيـر فأشبه ما لو ادعى عليه أن عبـده جنى، ووجه الأخرى أنه ادعى عليه أنه باعه معيبًا يستحق رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان إثباتًا.

وتملك طلبه إذا لم تقبضه، وإنما يسقط نصفه بالطلاق، وأما إن كان الحكم بالفرقة بعد الدخول فلا ضمان عليهما وبه قال أبو حنيفة.

وعن أحمد: رواية أخرى عليهما ضمان المسمى فى الصداق، لأنهما فوتا عليه نكاحًا وجب عليه به عوض فكان عليهما ضمان ما وجب به كما لو شهدا بذلك قبل الدخول.

وقال الشافعى: يلزمهما له مهر المثل، لأنهما أتلفا البضع عليه وقد سبق الكلام معه فى هذا، ولا يصح القياس على ما قبل الدخول، لأنهما قررا عليه نصف المسمى وكان يعرض السقوط وههنا قد تقرر المهر بالدخول فلم يقررا عليه شيئًا ولم يخرجا من ملكه متقومًا فأشبه ما لو أخرجاه من ملكه بقتلها أو أخرجته هى بردتها.

فصل: وإن شهدا على امرأة بنكاح فحكم به الحاكم ثم رجعا نظرت، فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها لم يغرما شيئًا، لأنهما لم يفوتا عليهما شيئًا، وإن دخل بها وكان الصداق المسمى بقدر مهر المثل أو أكثر منه ووصل إليها فلا شىء عليهما، لأنها أخذت عوض ما فوتاه عليها، وإن كان دونه فعليهما ما بينهما، وإن لم يصل إليها فعليهما ضمان مهر مثلها، لأنه عوض ما فوتاه عليها.

6- مسألة: (ومن توجهت عليه يمين الجماعة فقال: أحلف يمينًا واحدة فرضوا جاز، وإن أبوا حلف لكل واحد يمينًا).

إذا كان الحق لجماعة فرضوا بيمين واحدة صح وسقطت دعواهم باليمين، لأنها حقهم، ولأنه لما جاز ثبوت الحق ببينة واحدة لجماعة جاز سقوط بيمين واحدة قال القاضى: ويحتمل أن لا يصح حتى يحلف لكل واحد يمينًا وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأن اليمين حجة فى حق الواحد، فإذا رضى بها اثنان صارت الحجة فى حق كل واحد منهما ناقصة لا يعمل برضى الخصم كما لو رضى أن يحكم عليه بشاهد واحد، والصحيح الأول، لأن الحق لهما، فإذا رضيا به جاز، ولا يلزم من رضاهما بيمين واحدة أن يكون لكل واحد بعض اليمين كما أن الحقوق إذا قامت بها بينة واحدة لا تكون لكل حق بعض البينة، فأما إن حلفه الحاكم لجميعهم يمينًا واحدة فخطأه أهل عصره.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **(واليمين المشروعة هى اليمين بالله تعالى اسمه فى قول عامة أهل العلم إلا أن مالكًا أحب بالله الذى لا إله إلا هو، وإن استحلف حاكم بالله أجزأ).**

قال ابن المنذر: وهذا أحب إلى، لأن ابن عباس روي أن رسول الله ﷺ استحلف رجلاً فقال: «قل والله الذى لا إله إلا هو ما له عندك شىء» رواه أبو داود، وفى حديث عمر حين حلف لأبى قال: والله الذى لا إله إلا هو إن النخل لنخلى وما لأُبى فيها شىء، وقال الشافعى: إن كان المدعى قصاصًا أو عتاقًا أو حدًا أو مالاً يبلغ نصابًا غلظت اليمين فحلف بالله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من

فصل: وإن شهدا بكتابة عبده ثم رجعا نظرت، فإن عجز ورد فى الرق فلا شىء عليهما، فإن أدى وعتق فعليهما ضمان جميعه، لأنهما فوتاه عليه بشهادتهما، ويحتمل أن يلزمهما ما بين قيمته وما قبضه من كتابته، والأول أولى، لأن ما قبضه من كسب عبده فلا يحسب عليه وإن أراد تغريمهما بشهادتهما، ويحتمل أن يلزمهما قبل انكشاف الحال فينبغى أن يغرمهما ما بين قيمته سليمًا ومكاتبًا، وإن شهدا باستيلاد أمته ثم رجعا فينبغى أن يرجع عليهما بما نقصتها الشهادة من قيمتها، وإن عتقت بموته رجع الورثة بما بقى من قيمتها.

فصل: وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع وجب أن يوزع بينهم على عددهم قلوا أو كثروا، قال أحمد فى رواية إسحاق بن منصور: إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد أتلف مالاً فإنه ضامن بقدر ما كانوا فى الشهادة، فإن كانوا اثنين فعليه النصف، وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث، وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر وسواء رجع وحده أو رجعوا جميعًا وسواء رجع الزائد عن القدر الكافى فى الشهادة أو من ليس بزائد فلو شهد أربعة بالقصاص فرجع واحد منهم وقال: عمدنا قتله فعليه القصاص، وإن قال أخطأنا فعليه ربع الدية، وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو نصف الدية، وإن شهد ستة بالزنا على محصن فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه القصاص أو سدس الدية، وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو

العلانية، وقال فى القسامة: عالم خائنة الأعين وما تخفى الصدور، وهذا اختيار أبى الخطاب، وذكر القاضى أن هذا فى أيمان القسامة خاصة وليس بشرط.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿ **فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ** ﴾ (المائدة: ١٠٦) وقال تعالى: ﴿ **فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِن شَهَادَتِهِمَا** ﴾ (المائدة: ١٠٧) وقال تعالى فى اللعان: ﴿ **فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ** ﴾ (النور: ٦) وقال سبحانه: ﴿ **وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ** ﴾ (النور: ٥٣) قال بعض المفسرين: من أقسم بالله فقد أقسم جهد اليمين، واستحلف النبى ﷺ رُكانة بن عبد يزيد فى الطلاق فقال: «آلله ما أردت إلا واحدة؟» وقال عثمان لابن عمر: تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه، ولأن فيه كفاية فوجب أن يكتفى باسمه فى اليمين كالمواضع التى سلموها، فأما حديث ابن عباس وابن عمر، فإنه يدل على جواز الاستحلاف لذلك، وما ذكرناه يدل على الاكتفاء باسم الله وحده، وما ذكره الباقون تحكم لا نص فيه ولا قياس يقتضيه، إذا ثبت هذا فإن اليمين فى حق المسلم والكافر جميعًا بالله تعالى لا يحلف أحد بغيره، لقول الله تعالى: ﴿ **فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ** ﴾ (المائدة: ١٠٦) ولقول النبى ﷺ: «من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت».

7- مسألة: (وإن رأى الحاكم تغليظها بلفظ أو زمن أو مكان جاز).

ففى اللفظ يقول: والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع الذى يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور، واليهودى يقول: والله الذى

ثلث الدية، وبهذا قال أبو عبيد، وقال أبو حنيفة: إن رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما، لأن بينة الزنا قائمة فدمه غير محقون، وإن رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية، وإن رجع أربعة فعليهم نصف الدية، وإن رجع خمسة فعليهم ثلاثة أرباعها، وإن رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها، ومنصوص الشافعى فيما إذا رجع اثنان كمذهب أبى حنيفة، واختلف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهما فقال أبو إسحاق(*) : لا قصاص عليه، لأن بينة القصاص قائمة، وهل يجب عليه ثلث الدية؟ على وجهين، وقال ابن الحداد(**) : عليه القصاص وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا إذا كان زائدًا بإن دم المشهود عليه بالزنا غير محقون وهذا دمه محقون، وإنما أبيح دمه لولى القصاص وحده، واختلفوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم، على وجهين: **أحدهما:** يضمن الثلث، **والثانى:** لا شيء عليه.

ولنا: أن الإتلاف حصل بشهادتهم فالراجع مقر بالمشاركة فيه عمدًا عدوانًا لمن هو مثله فى ذلك فلزمه القصاص كما لو أقر بمشاركتهم فى مباشرة قتله، ولأنه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته فأشبه الثانى من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا، ولأنه أحد من حصل الإتلاف بشهادته فلزمه من الضمان بقسطه كما لو رجع الجميع، ولأن ما تضمنه كل واحد مع اتفاقهم على الرجوع يضمنه إذا انفرد بالرجوع كما لو كانوا أربعة، وقولهم: إن دمه غير

أنزل التوارة على موسى وفلق له البحر وأنجاه من فرعون وملائه، والنصرانى يقول: والله الذى أنزل الإنجيل على عيسى وجعله يحيى الموتى ويبرئ الأكمه والأبرص، والمجوسى يقول: والله الذى خلقنى وصورنى ورزقنى، والزمان يحلفه بعد العصر وبين الأذانين، والمكان يحلفه بمكة بين الركن والمقام، وفى الصخرة ببيت المقدس وفى سائر البلدان عند المنبر ويحلف أهل الذمة فى المواضع التى يعظمونها، وهذا الذى ذكره شيخنا اختيار أبى الخطاب قال: وقد أومأ إليه أحمد فى رواية الميمونى وذكر التغليظ فى حق المجوسى قال: قل والله الذى خلقنى ورزقنى، وإن كان وثنيًا حلفه بالله وحده، وكذلك إن كان لا يعبد الله، لأنه لا يجوز الحلف بغير الله تعالى لقول رسول الله ﷺ : «من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت» ولأن هذا إن لم يكن يعد هذه يمينًا، فإنما يزداد بها إثمًا وعقوبة، وربما عجلت عقوبته فيتعظ بذلك ويعتبر به غيره وهذا كله ليس بشرط فى اليمين، وإنما للحاكم فعله إذا رأى، وظاهر كلام الخرقى أن اليمين لا تغلظ إلا فى حق أهل الذمة ولا تغلظ فى حق المسلم، وبه قال أبو بكر، وذلك لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ يعنى لليهود: «نشدتكم بالله

(*) أبو إسحاق: أى الشيرازى، إبراهيم بن على بن يوسف أحد كبار الفقهاء الشافعية وصاحب التصانيف، توفى سنة ست وسبعين وأربعمائة، طبقات الشافعية (٤/ ٢١٥ - ٢٥٦).

(**) هو أبو بكر محمد بن أحمد بن محمد بن الحداد، المصرى، الشافعى الإمام توفى سنة خمس وأربعين وثلاثمائة، طبقات الشافعية (٣/ ٩٧، ٩٨).

محقون غيـر صحيح، فإن الكلام فيما إذا قتل ولم يبق له دم يوصف بحـقن ولا عدمه، وقيام الشهادة لا يمنع وجوب القصـاص كما لو شهدت لرجل باستحقاق القصـاص فاستوفاه ثم أقر بأنه قتله ظلمًا وأن الشهود شهدوا بالزور، والتـفريق بين القصاص والرجم بكون دم القاتل غير محقـون لا يصح، لأنه غير محقـون بالنسبة إلى من قتله، ولأن كل واحد مـؤاخذ بإقراره ولا يعتـبر قـول شريكه، ولهـذا لو أقر أحـد الشريكين بـعمدهمـا، وقال الآخـر: أخطأنا وجب القصاص على المقر بالعمد.

فـصل: وإذا حكم الحاكم في المال بشهادة رجل وامـرأتين ثم رجعوا عن الشهادة توزع الضمـان عليهم على الرجل نصـفه وعلى كل امرأة ربعـه، وإن رجع أحدهم وحده فـعليه من الضمان حصته، وإن كان الشهود رجـلاً وعشر نسوة فرجعوا فعلى الرجل السدس، وعلى كل امرأة نصف السدس، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، لأن كل امـرأتين كرجل فالعشر كخمسة رجـال، ويحـتـمل أن يجب عليـهن النصف وعلى الـرجل النصف، وبهـذا قـال أبو يوسف ومحمد، لأن الـرجل نصف البينة بدليل أنه لو رجع وحده بعد الحكم كان كـرجوعهن كلهن فيكون الرجل حـزبًا، والنساء حزبًا، فـإن رجع بعض النسوة وحدهـن أو الرجل فعلى الراجع مثل مـا عليه إذا رجع الجمـيع، وعند أبي حنيفة وأصـحابه متى رجع من النسـوة ما زاد على اثنين فليس على الراجعات شيء وقد مضى الكلام معهم في هذا.

فـصل: وإذا شهد أربعة بأربعمائة فـحكم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة، وآخر عن مائتين والثالث عن ثلاثمائة والرابع عن أربعمائـة فعلى كل واحد مما رجع عنه بقسطه، فعلى الأول: خمسة وعشرون وعلى الثاني: خمسون وعلى الثالث: خمسة وسبعون، وعلى الرابع: مائة، لأن كل واحد منهم مقر بأنه فوت على المشهود عليه ربع ما رجع عنه، ويقتضي مذهب

الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى؟» رواه أبو داود، وكذلك قال الخرقي: تغلظ في المكان فيحلف في المواضع التي يعظمونها ويتوقى الكذب فيها، ولم يذكر التغليظ بالزمان، وممن قـال: يستحلف أهل الكتاب بالله وحده، مسروق وأبو عـبيدة بن عبد الله وعطاء وشريح والحسن وإبراهيم وكعب بن سوار ومالك والثوري وأبو عبيد، وممن قال: لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان في حق المسلم أبو حنيفة وصاحباه، وقال مالك والشافعي: تغلظ، ثم اختلفا فقال مالك: يحلف في المدينة على منبر رسول الله ﷺ ويحلف قائمًا ولا يحلف قـائمًا إلا عـلى منبر رسـول الله ﷺ ويستحلفـون في غـير المـدينة في مـساجـد الجماعات، ولا يحلف عند المنبر إلا على ما يقطع فيه السارق فصاعدًا وهو ثلاثة دراهم وقال الشافعي: يسـتحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة وفي المـدينة عند منبر رسول الله ﷺ وفي سائر البلدان في الجوامع عـند المنبر وعند الصخرة ببيت المـقدس وتغلظ في الزمان في الاستحلاف بعد العصر على نحو ما ذكرناه في صدر المسألة ولا تغلظ في المال إلا في نصاب

أبى حنيفة أن لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والأربعمائة أكثر من خمسين خمسين، لأن المائتين لا تلزم الراجع عن الثلاثمائة، لأن المائتين التى رجعا عنهما قد بقى بها شاهدان.

فــصل: وإذا شهد أربعة بالزنا واثنان بالإحصان فرجم ثم رجـعوا عن الشهادة فالضمان على جميعهم، وقـال أبو حنيفة: لا ضمان على شهود الإحصـان، لأنهم شهدوا بالشرط دون السبب المـوجب للقتـل، وإنما يثبت ذلك شـهـادة الزنا، ولأصحـاب الشـافـعى وجهـان كالمذهبين.

ولنا: أن قتله حـصل بمجمـوع الشهادتـين فتجب الغـرامة على الجمـيع كما لو شـهدوا جميعهم بالزنا وفى كيفية الضمان وجهان: **أحدهـما:** يوزع عليهم على عدد رءوسهم كشهود الزنا، لأن القتل حصل من جميعهم، **والثانى:** على شهود الزنا النصف وعلى شهود الإحصان النصف، لأنهم حزبان فلـكل حزب نصف، فإن شهـد أربعة بالزنا واثنان منهم بالإحـصان ثم رجعـوا فعلى الوجه الأول: على شـاهدى الإحصان الثلثان وعـلى الآخرين الثلث، لأن على شاهـدى الإحصـان الثلث لشهـادتهمـا به والثلث لشـهادتهـما بالزنا، وعلى الآخـرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده.

وعلى الوجـه الثـانى: على شهـود الإحـصان ثلاثـة أرباع الدية، لأن عليهـمـا النصف لشهـادتهما بالإحـصان ونصف الباقى لشـهادتهمـا بالزنا، ويحتمـل أن لا يجب على شاهدى الإحصان إلا النصف، لأن كل واحد منهمـا جنى جنايتين وجنى كل واحد من الآخرين جناية واحدة فكانت الدية بينـهم على عدد رءوسهم لا على عـدد جناياتهم كما لو قـتل اثنان واحداً جرحه أحدهما جرحًا والآخر جرحين.

فــصل: وإذا شهد شاهدان أنه أعتق هذا العبد على ضمـان مائة درهم وقيمة العبد مائتان

فصاعدًا، وتغلظ فى الطلاق والعتاق والحد والقـصاص، وقال ابن حزم: تغلظ بالقليل والكثير واحتجـوا بقول النبى ﷺ: «من حلف على منبرى هذا بيمـين آثمة فليتبوأ مـقعده من النار» فثبت أنه يتعلق بذلك تأكيد اليمين، وروى مالك قال: اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع فى دار كانت بينهمـا إلى مروان بن الحكم فقال زيد: أحلف له مكانى فـقال مروان: لا والله إلا عند منقطع الحقوق قال: فجعل زيد يحلف أن حقه لحق ويأبى أن يحلف على المنبر فجعل مروان يعجب.

ولنا: قول الله تـعالى: ﴿ **فَآخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الأَوْلَيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِن شَهَادَتِهِمَا** ﴾ (المائدة: ١٠٧) ولم يذكر مكانا ولا زمانًا ولا زيادة فى اللفظ، واستحلف النبى ﷺ ركانة فى الطلاق فقـال: «آلله ما أردت إلا واحدة؟» قال: آلله ما أردت إلا واحدة ولم يغلظ يمينه بزمن ولا مكان ولا زيادة لفظ، وحلف عمر لأُبى حين تحاكما إلى زيد فى مكانه وكـانا فى بيت زيد وقال عـثمان لابن عـمر: تحلف بالله لقـد بعتـه وما به داء

فحكم الحـاكم بشهادتهـما ثم رجعـا رجع السيد علـى الشاهدين بمائة، لأنهـا تمام القيـمة، وكذلك لو شهدا على رجل أنه طلق زوجته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان غرما للزوج مائة، لأنهما فوتاها بشهادتهما المرجوع عنها.

فـصل: وإذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداق ذكراه وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعوا بـعد الحكم عليه بصداقـها فعلى شهـود النكاح الضمان، لأنهم ألزموه الـمسمى، ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخـرين النصف، لأنهم قرراه وشاهدا النكاح أوجباه فقـسم بين الأربعة أرباعًا، وإن شـهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمـهما شيء، لأنهـما لم يفوتا عليه شيئًا يدعيه ولا أوجبا عليه ما لم يكن عليه واجبًا.

فصل: وإن شهد شاهدا فرع على شاهدى أصل فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجع شاهدا الفرع فـعليهـما الضمـان، لا أعلم بينهم فى ذلك خلافـًا، وإن رجع شاهدا الأصل وحـدهما لزمهما الضمان أيضًا، وبه قال الشافعى ومحمد بن الحسن.

وحكى أبو الخطاب عن القاضى أنه لا ضمان عليهما، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف، لأن الحكم تعلق بشهـادة شاهدى الفرع بدليل أنهما جـعلا شهادة شـاهدى الأصل شهادة فلم يلزم شاهدى الأصل ضمان لعدم تعلق الحكم بشهادتهما.

ولنا: أن الحق ثبت بشـهادة شاهدى الأصـل بدليل اعتبـار عدالتـهما فـإذا رجعـا ضمنا كشاهدى الفرع.

فـصل: وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين فرجع الشاهد غرم جميع المال نص عليه أحمد فى رواية جماعة، وقال مالك والشافـعى: يلزمه النصف، لأنه أحد حجتى الدعوى فكان عليه النصف كما لو كانا شاهدين.

ولنا: أن الشاهد حـجة الدعوى فكان الضمـان عليه كالشاهدين، يـحققه أن اليمـين قول

تعلمه، وفـيما ذكروه من التـغليظ تقييد لهـذه النصوص ومخالفـة للإجماع، فإن مـا ذكر عن الخليفتين عمر وعثمان مع من حضـرهما لم ينكر وهو فى الشهرة فكان إجماعًا وقوله تعالى: ﴿ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ ﴾ (المائدة: ١٠٦) إنما كان فى حق أهل الكتاب والوصية فى السفر، وهى قضية خـولف فيها القياس فى مـواضع، منها قبول شهادة أهل الكتـاب على المسلمين، ومنها استخـلاف الشاهدين، ومنها استحلاف خصومـهما عند العثور على استحقـاقهما الإثم وهم لا يعلمون بها أصـلاً فكيف يحتجون بها؟ ولـما ذكر أيمان المسلمـين أطلق اليمين ولم يقيـدها والاحتجاج بهـذا أولى من المصيـر إلى ما خولف فيـه القياس وترك العـمل به، وأما حديثهم فليس فيـه دليل على مشروعية اليمين عند المنبر إنـما فيه دليل على تغليظ الإثم على الحالف، وأما قـضية مروان فمـن العجب احتجاجـهم بها وذهابهم إلى قول مروان فى قـضية خالفه زيد فيهـا، وقول زيد فقيه الصحابة وقارئهم وأفرضـهم أحق أن يحتج به من قول مروان

الخصم وقول الخصم ليس بحجة على خصمه وإنما هو شرط الحكم فجرى مجرى مطالبته الحاكم بالحكم، وبهذا ينفصل عما ذكروه، ولو سلمنا أنها حجة لكن إنما جعلها حجة شهادة الشاهد، ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته بخلاف شهادة الشاهد الآخر، قال أبو الخطاب: ويتخرج أن لا يلزمه إلا النصف المحكوم به إذا قلنا ترد اليمين على المدعى.

فصل: وإذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم وقالوا: عمدنا ووجب عليهم القصاص لم يعزروا، لأن القصاص يغنى عن تعزيرهم، وإن كان فى مال عزروا وغرموا، لأنهم جنوا جناية كبيرة وارتكبوا جريمة عظيمة وهى شهادة الزور، ويحتمل أن لا يعزروا، لأن رجوعهم توبة منهم فيسقط عنهم التعزير، ولأن شرعية تعزيرهم تمنعهم الرجوع خوفًا منه فلا يشرع، وإن قالوا: أخطأنا لم يعزروا، لأن الله تعالى قال: ﴿ **وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ** ﴾ (الأحزاب: ٥) هذا إن كان قولهم يحتمل الصدق فى الخطأ، وإن لم يحتمله عزروا ولم يقبل قولهم.

١٩٢١- مسألة: قال: (**وإذا قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ثم بان أنهم كافران أو فاسقان كانت دية اليد فى بيت المال**).

وجملته: أن الحاكم إذا حكم بشهادة اثنين فى قطع أو قتل وأنفذ ذلك ثم بان أنهما كافران أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما فلا ضمان على الشاهدين، لأنهما مقيمان على أنهما صادقان

الذى لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز مع مخالفة إجماع الصحابة وقول أئمتهم وفقهائهم ومخالفة فعل النبى ﷺ وإطلاق كتاب الله سبحانه وتعالى؟ فهذا مما لا يجوز إنما ذكر الخرقى التغليظ بالمكان واللفظ فى حق الآدمى لاستحلاف النبى ﷺ اليهود بقوله: «نشدتكم بالله الذى أنزل التوراة على موسى» وروى عن كعب بن سور فى النصرانى قال: اذهبوا به إلى المذبح واجعلوا الإنجيل فى حجره والتوراة على رأسه، وقال الشعبى فى نصرانى: اذهب إلى البيعة فأستحلفه بما يستحلف به مثله.

وقال ابن المنذر: لا أعلم حجة توجب أن يستحلف فى مكان بعينه ولا يمينًا يستحلف بها غير التى يستحلف بها المسلمون.

وفى الجملة لا خلاف بين المسلمين فى أن التغليظ بالمكان والزمان والألفاظ غير واجب إلا أن ابن الصباغ ذكر فى وجوب التغليظ بالمكان قولين للشافعى وخالفه ابن القاص فقال: لا خلاف بين أهل العلم أن القاضى حيث استحلف المدعى عليه فى عمله وبلد قضائه جاز، وإنما التغليظ بالمكان اختيار منه فيكون التغليظ عند من رآه اختيارًا واستحبابًا.

فصل: قال ابن المنذر: ولم أجد أحدًا يوجب اليمين بالمصحف وقال الشافعى: رأيتهم يؤكدون بالمصحف ورأيت ابن مازن وهو قاض بصنعاء يغلظ اليمين بالمصحف قال أصحابه: فيغلظ عليه بإحضار المصحف، لأنه يشتمل على كلام الله وأسمائه، وهذه زيادة على ما أمر

فيما شهدا به، وإنما الشـرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجعين عن الشهـادة، فإنهما اعترفا بكذبهما، ويجـب الضمان على الحاكم أو الإمام الذى تولى ذلك، لأنـه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهـادته ولا قصاص عليه، لأنه مخطئ وتجب الدية، وفى مـحلها روايتان: **إحداهـما:** فى بيت المال، لأنه نائب للمسلمين ووكـيلهم وخطأ الوكيل فى حق موكله عليه، ولأن خطأ الحاكم يكثر لكثـرة تصرفاته وحكوماته فإيجـاب ضمان ما يخطئ فيـه على عاقلته إجحاف بهم فاقـتضى ذلك التخفيف عنه بجعله فى بيت المال، ولهـذا المعنى حملت العاقلة دية الخطأ عن القاتل، **والرواية الثانية:** هى على عاقلته مخففة مؤجلة لما روى أن امرأة ذكرت عند عمر بسوء فأرسل إليها فأجهضت ذا بطنها فـبلغ ذلك عمر فشاور الصحابة فقال بعضهم: لا شيء عليك إنما أنت مـؤدب وقال على: عليك الدية، فقـال عمر: عـزمت عليك لا تبرح حتى تقسمـها على قومك(٣٦) يعنى قريشًا، لأنهم عاقلة عـمر، ولو كانت فى بيت المال لم يقسمها على قومه، ولأنه من خطئه فتحمله عاقلته كخطئه فى غير الحكومة، وللشافعى قولان كالروايتين، فإذا قلنا: إن الدية على عاقلته لم تحمل إلا الثلث فصاعدًا ولا تحمل الكفارة لأن العاقلة لا تحمل الكفارة، فى محل الوفـاق كذا ههنا وتكون الكفارة فى ماله، وإذا قلنا إنه فى بيت المال فـينبغى أن يكون فيـه القليل والكثر، لأن جعله فى بيت المـال لعلة أنه نائب عنهم وخطأ النائب على مستنيبـه وهذا يدخل فيما يكثر خطؤه فجعل الضـمان فى ماله يجحف به، وإن قل لكثرة تكرره، وسـواء تولى الحاكم الاستيفـاء بنفسه أو أمر من تولاه، قـال أصحابنا: وإن كان الولى استوفـاه فهو كما لو استوفـاه الحاكم، لأن الحاكم سلطه على ذلك ومكنه منه والولى يدّعى أنه حقه، **فإن قـيل:** فإذا كان الولى استوفى حقـه فينبغى أن يكون الضمان عليه كما لو حكم له بمال فقبضه ثم بان فسق شـهوده كان الضمان على المستوفى دون الحاكم كذا هـهنا **قلنا:** ثم حصل فى يد المستوفى مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه إن أتلف، وهـهنا لم يحصل فى يده شيء وإنما أتلف شيئًا بخطأ الإمام وتسليطه عليه فافترقا.

به رسول الله ﷺ فى اليمين وعلى ما فعله الخلفاء وقـضاتهم من غير دليل ولا حجة يستند إليها، ولا يترك فعل رسول الله ﷺ وفعل أصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره.

8- مسألة: (ولا تغلظ اليمين إلا فيما له خطر كالجنايات والعتاق والطلاق وما تجب فيه الزكاة من المال عند من يرى التغليظ).

وقيل: ما يقطع فيه السارق روى ذلك عن مالك، لأن التغليظ زيادة على اليمين التى ورد الشرع بوجوبها فلا يجب إلا بزيادة على مطلق الحق وترك التغليظ أولى على ما اختاره شيخنا ودل عليـه إلا فى مـوضع ورد الشرع به وصـح كتـحليف رسـول الله ﷺ اليـهود بقـوله: «نشدتكم بالله الذى أنزل التوراة على موسى» ونحوه.

---

(٣٦) تقدم برقم (٤١) مسألة (١٤٦٤).

فـصل: وإن شهد بالزنا أربعة فزكاهم اثنان فرجم المشهود عليه ثم بان أن الشهود فسقة أو عبيد أو بعضهم فلا ضمان على الشهود، لأنهم يزعمون أنهم محقون ولم يعلم كذبهم يقينًا والضمان على المزكين، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وقال القاضى: الضمان على الحاكم، لأنه حكم بقتله من غير تحقق شرطه ولا ضمان على المزكين، لأن شهادتهما شرط وليست الموجبة، وقال أبو الخطاب فى رءوس المسائل: الضمان على الشهود الذين شهدوا بالزنا.

ولنا: أن المزكين شهدوا بالزور شهادة أفضت إلى قتله فلزمهما الضمان كشهود الزنا إذا رجعوا ولا ضمان على الحاكم، لأنه أمكن إحالة الضمان على الشهود فأشبه ما إذا رجعوا عن الشهادة، وقوله: إن شهادتهم شرط لا يصح، لأن من أصلنا أن شهود الإحصان يلزمهم الضمان، وإن لم يشهدوا بالسبب وقد نص عليه أحمد وقول أبى الخطاب لا يصح لأن شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف المزكين، فإنه تبين كذبهم، وأنهم شهدوا بالزور، وأما إن تبين فسق المزكين فالضمان على الحاكم، لأن التفريط منه حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث فيلزمه الضمان كما لو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين فسقهم.

فـصل: ولو جلد الإمام إنسانًا بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة أو كفرة أو عبيد فعلى الإمام ضمان ما حصل من أثر الضرب، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه.

ولنا: أنها جناية صدرت عن خطأ الإمام فكانت مضمونة عليه كما لو قطعه أو قتله.

فصل: ولو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ثم بان أنهما فاسقان أو كافران فإن الإمام ينقض حكمه ويرد المال إن كان قائمًا وعوضه إن كان تالفًا، فإن تعذر ذلك لإعساره أو غيره فعلى الحاكم ضمانه ثم يرجع على المشهود له، وعن أحمد رواية أخرى لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين ويغرم الشهود المال وكذلك الحكم إذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان ولا يغرم الشهود المال، وكذلك الحاكم إذا شهد، واختلف أصحاب الشافعى فيه أيضًا ولا خلاف بين الجميع فى أنه ينقض حكمه إذا كانا كافرين وينقض

9- **مسألة: (وإن رأى الحاكم ترك التغليظ فتركه كان مصيبًا)**.

لموافقته مطلق النص وهو قوله ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه».

فصل: ومن توجهت عليه يمين وهو فيها صادق أو توجهت له أبيح له الحلف ولا شيء عليه من إثم ولا غيره، لأن الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرمًا، وقد أمر الله سبحانه نبيه ﷺ أن يقسم على الحق فى ثلاثة مواضع من كتابه منها قوله تعالى: ﴿زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَن لَّن يُبْعَثُوا قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّي لَتُبْعَثُنَّ﴾ (التغابن: ٧) وحلف عمر لأبى على نخل ثم وهبه إياه وقال: خفت إن لم أحلف أن يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فيصير سنة، قال حنبل: بُلى أبو

حكم غـيره إذا ثبت عنـده أنه حكـم بشـهادة كـافرين فـقيس على ذلك مـا إذا حكم بشـهادة فاسقـين فإن شهادة الفـاسقين مجـمع على ردها، وقد نص الله تعالى على التـبين فيهـا فقال تعـالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ (الحجرات: ٦) وأمر بإشهـاد العدول وقال: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (الطلاق: ٢) واعتبر الرضا بالشهداء فقال تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ (البقرة: ٢٨٢) فيجب نقض الحكم لفوات العدالة كما يجب نقضه لفوات الإسلام، ولأن الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكـم منعه، فإذا شهد شاهدان أنه كان موجـوداً حالة الحكم وجب نقض الحكم كالـكفر والرق فى العقـوبات، إذا ثبت هذا فإن أبا حنيفة قـال: لا يسمع الحاكم الشهـادة بفسق الشاهدين لا قبل الحكم ولا بعـده، ومتى جرح المشهـود عليه البينة لم تسمع بينتـه بالفسق ولكن يسأل عن الشاهدين ولا تسـمع على الفسق شهادة، لأن الفسق لا يتعلق به حق أحد فلا تسمع فيه الدعوى والبينة.

ولنا: أنه معنى يتعلق الحكم به فسمعت فيه الدعـوى والبينة كالتزكية، وقوله لا يتعلق به حق أحد ممنوع، فإن المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه فى منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعده وتبرئته من أخذ ماله أو عقوبته بغير حق فوجب أن تسمع فيه الدعوى والبينة كما لو ادّعى رق الشاهدين ولم يدعه لنفسه، ولأنه إذا لم تسمع البـينة الفسق أدى إلى ظلم المشهود عليه، لأنه يمكن أن لا يعـرف فسق الشاهدين إلا شـهود المشـهود عليه، فـإذا لم تسمع شـهادتهم وحكم عليه بشهـادة الفاسقين كان ظالمًـا له، فأما إن قامت البينـة أنه حكم بشهادة والدين أو ولدين أو عدوين نـظر فى الحاكم الذى حكم بشـهادتهمـا، فإن كان مـمن يرى الحكم به لم ينقض حكمه، لأنه حكم باجتهاده فيما يسوغ فـيه الاجتهاد ولم يخالف نصّا ولا إجماعًا، وإن كان مـمن لا يرى الحكم بشهادتهم نقـضه، لأن الحاكم به يعـتقد بطلانه، والفـرق بين المال والإتلاف أن المال إن كان باقـيًا وجب رده إلى صاحبه، لأن كل واحـد أحق بماله، وإن كان

عبد الله بمـثل هذا جاء إليه ابن عمـه فقال: لى قبلك حق من ميـراث أبى وأطالبك بالقاضى وأحلفك، فقيل لأبى عـبد الله ما ترى؟ قال: أحلف له إذا لم يكن له فى قـبلى حق وأنا غير شاك فى ذلك حلفت له وكيف لا أحلف وابن عمـر قد حلف؟ وأنا من أنا؟ وعزم أبو عبد الله على اليمين فكفـاه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبة، واختلفت فى الأولى فـقال قوم: الحلف أولى من افتداء يمينه، لأن عمر حلف، ولأن فى الحلف فائدتين: **إحداهـما**: حفظ ماله عن الضياع وقد نهى النبى ﷺ عن إضاعته، **الثانـية**: تخليص أخيه الظالم من مظلمته وأكل المال بغير حـقه وهذا من نصحه ونصرته بكفه على ظلمـه، وقد أشار النبى ﷺ على رجل أن يحلف ويأخذ حقـه، وقال أصحابنا: الأفضل افتـداء يمينه، فإن عثمان افـتدى يمينه وقال: خـفت أن يصادف قـدرًا فيـقال: حلف وعوقـب، أو هذا شؤم يمينـه، وروى الخلال بإسناده أن حذيفـة عرف جملاً سـرق له فخاصم إلى قاضى المـسلمين فصارت اليـمين على

تالفًا وجب ضمانه على آخذه، لأنه أخذه بغير إذن صـاحبه ولا استحقاق لأخذه، أما الإتلاف فإنه لم يحصل به فى يد المتلف شىء يرده ولم يمكن تضـمينه، لأنه إنما أتلفه بحكم الحاكم وتسليطه عليه وهو لا يقر بعدوانه بل يقول: استوفيت حقى ولم يثبت خلاف دعواه ولم يمكن تضمين الشهود، لأنـهم يقولون: شهدنا بما علمنا وأخبرنا بما رأينا وسـمعنا ولم نكتم شهادة الله تعالى التى لزمنا أداؤها ولم يثـبت كذبهم فوجب إحالة الضمـان على الحاكم، لأنه حكم من غير وجـود شرط الحكم، ومكن من إتلاف المعـصوم من غير بحث عن عـدالة الشهود، وكان التفريط منه فوجب إحالة الضمان عليه.

١٩٢٢- مسألة: قال: **(وإذا ادّعى العبد أن سيده أعتقه حلف مع شاهده وصار حرّا)**.

روى عن أحمد فى هذا روايتان: **إحداهما:** أن العتق ثبت بشاهد ويمين وهو اختيار أبى بكر، لأنه إزالة ملك فيثبت بشـاهد ويمين كالبيع والهبة، ولأنه إتلاف للمال فيـقبل فيه شاهد ويمين كـالإتلاف بالفعل وإفضاؤه إلى تـكميل الأحكام لا يمنع ثبوته بشـاهد ويمين بدليل أن الولادة تثبت بشهادة النساء وينبنى عليـها النسب الذى لا يثبت بشهادتهن، **والرواية الثانية:** لا تثبت الحـرية إلا بشاهدين عدلين ذكـرين، لأنها ليست بمـال ويطلع عليها الرجـال فى غالب الأحوال فأشبهت الحدود والقصاص، والله أعلم.

١٩٢٣- مسألة: قـال: **(ومن شهد بشهـادة زور أدب وأقيم للناس فى المواضع التى يشتهر أنه شاهد زور إذا تحقق تعمده لذلك)**.

وجـملة ذلك: أن الشهادة الزور من أكبر الكبائر قـد نهى الله عنها فى كتابه مع نهيه عن الأوثان فقال تعالى: ﴿**فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ**﴾ (الحج: ٣٠) وقد روى

حذيفة فقال: لك عـشرة دراهم فأبى فقال: لك عشرون فأبى فـقال: لك ثلاثون، فأبى فقال: لك أربعون فأبى، فقال حـذيفة: أترانى أترك جملى؟ فحلف بالله أنه ما باع ولا وهب، ولأن فى اليمين عن الحاكم تبذلاً ولا يأمن أن يصادف قدرًا فينسب إلى الكذاب، وأنه عوقب بحلفه كاذبًا وف ذهاب ماله أجر وليس هذا تضييعًا للمـال فإن أخاه المسلم ينتفع به فى الدنيا ويغرمه له فى الآخرة، وأما عمـر فإنه خاف الاستنان به وترك الناس الحلف على حقـوقهم فيدل على أنه لولا ذلك لما حلف، قال شيخنا: وهذا أولى، والله تعالى أعلم.

فصل: والحلف الكذب ليقتطع به مال أخيه فيه إثم كبير وقيل: إنه من الكبائر، لأن الله تعالى وعد عليه العذاب الأليم، فقال سبحانه: ﴿**إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلاً أُوْلَئِكَ لا خَلاقَ لَهُمْ فِي الآخِرَةِ وَلا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلا يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ**﴾ (آل عمـران: ٧٧) وروى ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «من حلف على يمين صبر يقتطع بهـا مال امرئ مسلم هو فيها فـاجر لقى الله وهو عليه غضبان» مـتفق عليه، وقد روى فى حديث أن يمين الغموس تدع الديار بلاقع.

عن خريم بن فاتك أن النبى ﷺ قال: «عدلت شهادة الزور الإشراك بالله» ثلاث مرات، ثم تلا قوله تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ رواه أبو داود(٣٧)، وروى هذا عن ابن مسعـود من قوله وروى عن النبى ﷺ أنه قال: ألا أنبئكم بأكـبر الكبائر؟ قلنا: بلى يا رسول الله، قال: «الإشراك بالله وعقوق الوالدين» وكان متكئًا فجلس فقال: «ألا وقول الزور وشهادة الزور» فما زال يكررها حتى قلنا: ليته سكت، متفق عليه(٣٨)، وروى أبو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبى ﷺ أنه قـال: «شاهد الزور لا تزول قدماه حتى تجب له النار»(٣٩) فمتى ثبت عند الحاكم عن رجل أنه شهد بزور عمدًا عزره وشهره فى قول أكثر أهل العلم، روى ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه يقول شريح والقـاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والأوزاعى وابن أبى ليلى ومالك والشافعى وعبد الملك بن يعلى(٤٠) قاضى البصرة، وقال أبو حنيفة: لا يعزر ولا يشهر، لأنه قول منكر وزور فلا يعزر به كالظهار، وروى عنه الطحاوى أنه يشهر وأنكره المتأخرون.

ولنا: أنه قول مـحرم يضربه الناس فأوجب العـقوبة على قائله كالسب والقـذف ويخالف الظهار من وجهين: **أحدهما:** أنه يختص بضرره، **الثانى:** أنه أوجب كفارة شاقة هى أشد من التعزير ولأنه قول عمر رضي الله عنه ولم نعرف له فى الصحابة مخالفًا.

فـــصل: ومن ادعى عليه دين وهو معـسر به لم يحل له أن يحلف أنه لا حق له على، وبهذا قال المزنى، وقال أبو ثور: له ذلك لأن الله تعالى قال: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (البقرة: ٢٨٠) ولأنه لا يستحق مطالبته فى الحال ولا يجب عليه أداؤه إليه.

ولنا: أن الدين فى ذمته وهو حق له عليه ولو لم يكن عليه حق لم يجز إنظاره به.

فصل: ويمين الحالف على حسب جوابه فإذا ادعى عليه أنه غصبه أو استودعه أو اقترض منه نظرنا فى جواب المدعى عليه، فإن قال: ما غصبتك ولا استودعتنى ولا أقرضتنى كلف أن يحلف على ذلك، وإن قال: ما لك على شىء، أو لا تستحق على شيئًا أو لا تستحق على ما ادعيته ولا شيئًا منه كان جوابًا صحيحًا ولا يكلف الجواب عن الغصب والوديعة والقرض لأنه

---

(٣٧) أخرجـه أبو داود فى «الأقضـية» (٣/ ٣٥٩٩) وابن مـاجه فى «الأحكام» (٢/ ح٢٣٧٢) وأحـمد فى «مسنده» (٤/ ١٧٨، ٢٣٣، ٣٢١، ٣٢٢) وإسناده ضعيف.

(٣٨) تقدم برقم (١٨٩٠) برقم (٢٩).

(٣٩) أخرجـه ابن ماجـه فى «الأحكام» (٢/ ح٢٣٧٣) والحاكم فى «المسـتـدرك» (٤/ ٩٨) والبيـهقى فى «السنن» (١٠/ ١٢٢) من طريق عاصم بن على ثنا محمد بن الفرات التميمى، قال: سمعت محارب ابن دثار، يقول: قال رسول الله ﷺ . . . فذكره، وقال: محمد بن الفرات الكوفى ضعيف، وذكره الألبانى فى السلسلة الضعيفة (١٢٥٩) وقال: موضوع

(٤٠) عبد الملك بن يعلى الليـثى، قاضى البصرة روى عن النبى ﷺ مرسـلاً، توفى بعد المائة بسنوات، تهذيب التهذيب (٦/ ٣٨٠، ٣٨١).

وإذا ثبت هذا فإن تأديبه غير مقدور وإنما هو مفوض إلى رأى الحاكم إن رأى ذلك بالجلد جلده، وإن رآه بحبس أو كـشف رأسه وإهانتـه وتوبيخه فـعل ذلك، ولا يزيد فى جلده على عشر جلدات وقال الشافعى: لا يزيد على تسع وثلاثين لئلا يبلغ به أدنى الحدود وقال ابن أبى ليلى: يجلد خمـسة وسبعـين سوطًا وهو أحد قولى أبى يوسف، وقـال الأوزاعى فى شاهدى الطلاق: يجلدان مائة مائة ويغرمان الصداق.

ولنا: قول النبى ﷺ «لا يجلد أحد فوق عشر جلدات إلا فى حد من حدود الله تعالى» متـفق عليه[٤١] وقال القاسم وسالم يخـفق سبع خفقات، وقال شـريح: يجلد أسواطًا، فأما شهرته بين الناس فإنه يوقف فى سوق إن كان من أهل السوق أو قبيلته إن كان من أهل القبائل أو فى مسـجده إن كان من أهل المـساجد ويقول الـموكل به: إن الحاكم يقـرأ عليكم السلام ويقول: هذا شاهد زور فاعـرفوه، وهذا مذهب الشافعى، وأتى الوليد بن عـبد الملك بشاهد الزور فأمر بقطع لسانه وعنده القاسم وسالم فقالا: سبحان الله بحسبه أن يخفق سبع خفقات، ويقام بعد العصر فيقال: هذا أبو قبيس وجدناه شاهد زور ففعل ذلك به، ولا يسخم وجهه ولا يركب ولا يكلف أن ينادى على نـفسـه، وقد روى عن عـمر رضي الله عنه: «أنه يجلد أربعـين جلدة ويسخم وجهه ويطال حبسه» رواه الإمام أحمد[٤٢]، وقال سـوار: يلبب[٤٣] ويدار به عـلى حلق المسجد فيقول: من رآنى فلا يشهد بزور، وروى عن عبد الملك بن يعلى قاضى البصرة أنه أمر بـحلق نصف رءوسهم وتسـخم وجوههم ويطاف بهم فـى الأسواق والذى شهـدوا له معهم.

ولنا: أن هذا مثلة وقد نهى النبى ﷺ عن المثلة[٤٤] وما روى عن عمر فقد روى عنه خلافه وأنه حبسه يومًا وخلى سبيله.

وفى الجملة ليس فى هذا تقدير شرعى فما فعل الحاكم مما يراه ما لم يخرج إلى مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك ولا يفعل به شىء من ذلك حتى يحقق أنه شاهد زور وتعمد ذلك

يجوز أن يكون غصب منه ثم رده عليه، فلو كلف جـحد ذلك كان كاذبًا، وإن أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه فـإذا طلبت منه اليمين حلف على حـسب ما أجاب، ولو ادعى أننى ابتـعتك الدار التى فى يدك فأنكره وطلب يمينه، فإن كان أجاب بأنك لا تستحقها حلف على ذلك.

قال أحمـد فى رجل ادعى على رجل أنه أودعه فأنكره هل يحلف مـا أودعتك؟ قال: إذا حلف مـا لك عندى ولا فى يدى شىء فهـو يأتى على ذلك؟ وهذا يدل على أنه لا يلزمـه أن

---

(٤١) تقدم برقم (٧١) فى المسألة (١٦٠٩).

(٤٢) أخرجـه البـيهقـى فى «السنن» (١٠/ ١٤٢) وقال: هذه روايه ضـعيـفة ومنقطعـة، وعبـد الرزاق فى «مصنفه» (٨/ ٣٢٦ - ٣٢٧/ ١٥٣٩٢).

(٤٣) يلبب: أى تجمع ثيابه عند نحره ويجر بها.

(٤٤) تقدم برقم (٥١) مسألة (١٢٢١).

إما بإقــراره أو يشهــد على رجل بفعل فى الشــام فى وقت ويعلم أن المــشهود عليــه فى ذلك الوقت فى العراق أو يشهد بقتل رجل وهو حى أو أن هذه البــهيمة فى يد هذا منذ ثلاثة أعوام وسنها أقل من ذلك أو يشهــد على رجل أنه فعل شيئًا فى وقت وقــد مات قبل ذلك الوقت أو لم يولد إلا بعده وأشبــاه هذا مما يتيقن به كــذبه ويعلم تعمده لذلك، فأما تعــارض البينتين أو ظهور فسقه أو غلطه فى شهادته فلا يؤدب به، لأن الفسق لا يمنع الصدق، والتعارض لا يعلم به كذب إحدى البينتين بعــينها والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمــده فيعفى عنه، وقد قال الله تعالى: ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ (الأحزاب: ٥)وقال النبى ﷺ: «عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» (٤٥).

فــصل: ومتى علم أن الشاهدين شهدا بالزور تبــين أن الحكم كان باطلاً ولزم نقضه لأنا تبينا كذبهما فيما شهدا به وبطلان ما حكم به، فإن كان المحكوم به مالاً رد إلى صاحبه، وإن كان إتلافًا فعلى الشاهدين ضمانه لأنهما سبب إتلافه إلا أن يثبت ذلك بإقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له فيكون ذلك رجوعًا منهما عن شهادتهما وقد بينا حكم ذلك.

فــصل: فإذا تاب شاهد الزور وأتت على ذلك مدة تظــهر فيها توبته وتبين صدقــه فيها وعدالته قبلت شهادته، وبهذا قال أبو حنيفــة والشافعى وأبو ثور، وقال مالك: لا تقبل شهادته أبدًا لأن ذلك لا يؤمن منه.

ولنا: أنه تائب من ذنبه فقبلت توبته كسائر التائبين، وقوله: لا يؤمن منه ذلك، قلنا مجرد الاحتمــال لا يمنع قبول الشهادة بدلــيل سائر التائبين، فإنه لا يؤمن منــهم معاودة ذنوبهم ولا غيرها وشهادتهم مقبولة، والله أعلم.

١٩٢٤- مسألة: قال: **(وإذا غير العدل شهادته بحضرة الحاكم فزاد فيها أو نقص قبلت منه ما لم يحكم بشهادته).**

وهذا مثل أن يشهد بمائة ثم يقول: هى مائة وخمسون أو يقول: بل هى تسعون فإنه يقبل منه رجوعــه ويحكم بما شــهد به أخيــرًا وبهذا قال أبو حنيــفة والثورى وســليمان بن حــبيب المحــاربى (٤٦) وإسحاق، وقال الزهرى: لا تقبــل شهادته الأولى ولا الآخرة، لأن كل واحدة منهما ترد الأخرى وتعارضها، ولأن الأولى مرجوع عنها والثانية غير موثوق بها، لأنها من مقر

يحلف على حسب الجواب وأنه متى حلف ما لك قبلى حق برئ بذلك، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين.

---

(٤٥)تقدم برقم (٣) مسألة (١٧).

(٤٦)سليمــان بن حبيب المحــاربى: قاضى دمشق، إمام كــبير القدر حكم بــدمشق ثلاثين سنة، توفى سنة ست وعشرين ومائة، سير الأعلام (٥/ ٣٠٩).

بغلطه وخطئه فى شهادته فلا يؤمن أن يكون فى الغلط كالأولى، وقال مالك: يؤخذ بأقل قوليه، لأنه أدى الشهادة وهو غير متهم فلم يقبل رجوعه عنها كما لو اتصل بها الحكم.

ولنا: أن شهادته الآخرة شهادة من عدل غير متهم لم يرجع عنها فوجب الحكم بها كما لو لم يتقدمها ما يخالفها ولا تعارضها الأولى، لأنها قد بطلت برجوعه عنها، ولا يجوز الحكم بها، لأنها شرط الحكم فيعتبر استمرارها إلى انقضائه ويفارق رجوعه بعد الحكم، لأن الحكم قد تم باستمرار شرطه فلا ينقض بعد تمامه.

فصل: وإن شهد بألف ثم قال قبل الحكم: قضاه منه خمسمائة فسدت شهادته ذكره أبو الخطاب فقال: إذا شهد أن عليه ألفًا قم قال أحدهما: قضاه منه خمسمائة بطلت شهادته، وذلك أنه شهد بأن الألف جميعه عليه، وإذا قضاه خمسمائة لم تكن الألف كله عليه فيكون كلامه متناقضًا فتفسد شهادته، وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال: بل بخمسمائة، لأن ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة وإقرار بغلط نفسه، وهذا لا يقول هذا على سبيل الرجوع، والمنصوص عن أحمد أن شهادته تقبل بخمسمائة فإنه قال: إذا شهد بألف ثم قال أحدهما قبل الحكم: قضاه منه خمسمائة أفسد شهادته والمشهود له ما اجتمعا عليه وهو خمسمائة فصحح شهادته فى نصف الألف الباقى وأبطلها فى النصف الذى ذكر أنه قضاه، لأن ذلك بمنزلة الرجوع عن الشهادة به فأشبه ما لو قال: أشهد بألف بل بخمسمائة.

قال أحمد: ولو جاء بعد هذا المجلس فقال: أشهد أنه قضاه منه خمسمائة لم يقبل منه، لأنه قد أمضى الشهادة فهذا يحتمل أنه أراد به أنه إذا جاء بعد الحكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه، لأن الألف وقد وجب بشهادتهما وحكم الحاكم ولا تقبل شهادته بالقضاء، لأنه لا يثبت بشاهد واحد، فأما إن شهد أنه أقرضه ألفًا ثم قال: قضاه منه خمسمائة قبلت شهادته فى باقى الألف وجهًا واحدًا، لأنه لا تناقض فى كلامه ولا اختلاف.

١٩٢٥- مسألة: قال: **(وإذا شهد شاهد بألف وآخر بخمسمائة حكم لمدعى الألف بخمسمائة وحلف مع شاهده على الخمسمائة الأخرى إن أحب)**.

وجملة ذلك: أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشىء وشهد الآخر ببعضه صحت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه، وحكم به وهذا قول شريح ومالك والشافعى وابن أبى ليلى وأبى يوسف ومحمد وإسحاق وأبى عبيد، وحكى عن الشعبى أنه شهد عنده رجلان شهد أحدهما أنه طلقها تطليقة

فصل: ولا تدخل اليمين النيابة ولا يحلف أحد عن غيره، فلو كان المدعى عليه صغيرًا أو مجنونًا لم يحلف عنه حتى يبلغ الصبى أو يعقل المجنون ولم يحلف عنه وليه، ولو ادعى الأب لابنه الصغير حقًا أو ادعاه الوصى أو الأمين له وأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه، فإن نكل قضى عليه، ومن لم ير القضاء بالنكول ورأى رد اليمين على المدعى لم يحلف الولى عنهما ولكن تقف اليمين ويكتب الحاكم محضرًا بنكول المدعى عليه، وإن ادعى على العبد دعوى وكانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه كالقصاص والطلاق والقذف

وشهد الآخر أنه طلقها تطليـقتين فقال: قد اختلفتما قومًـا، وحكى عن أبى حنيفة أنه إذا شهد شاهد أنه أقر بألف وشهد آخر أنه أقر بألفين لم تصح الشهادة، لأن الإقرار بالألف غير الإقرار بالألفين فلم يشهد بكل إقرار إلا واحد.

ولنا: أن الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحكم به كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه، وما ذكره من أن كل إقـرار إنما يشهد به واحد يبـطل بما إذا شهد أحدهمـا أنه أقر بألف غدوة وشهد الآخر أنه أقر بألف عشيّا، فإن الشهادة تكمل مع أن كل إقرار إنما يشهد به واحد، فأما ما انفرد به أحدهما، فإن للمدّعى أن يحلف مـعه ويستحق، وهذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين، وهذا فيما إذا أطـلقا الشهادة أو لم تختلف الأسباب والصفات، فـأما إن اختلفت مثل أن يشهـد شاهد بألف من قرض وشاهد بخـمسمائة مـن ثمن مبيع ويشهـد شاهد بألف بيض وآخر بخمسمائة سود أو يشهد شاهد بألف دينار والآخر بخمسمائة درهم لم تكمل البينة وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقها ويحلف مع أحدهما ويستحق ما شهد به.

فـصل: فإن شهد له شاهدان بألف وشاهدان بخمســمائة ولم تختلف الأسباب والصفات دخلت الخمـسمائة فى الألف ووجب له بالشـهادتين مائة، وإن اخـتلفت الأسباب والصـفات وجب له الألف والخمسمائة ولم يدخل أحدهما فى الآخر، لأنهما مختلفان.

فـصل: وإن شهد له شاهد أنه باعه هذا العبد بألف وشهد آخر أنه باعه إياه بخمسمائة لم تكمل البينة لاختلافـهما فى صفة البيع، وله أن يحلف مع أحدهمـا ويثبت له ما حلف عليه، وإن شهد له بكل عقد شاهدان ثبت البيعان، وإن أضافا البيع إلى وقت واحد مثل أن يشهدا أنه باعه هذا العـبد مع الزوال بألف وشـهد الآخر أنه بـاعه إياه مع الزوال بخمـسمـائة تعارضت البينتان وسقطتا، لأنه لا يمكن اجتماعهما وكل بينة تكذب الأخرى، وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد كان له أن يحلف مع أحدهما ولا يتـعارضان، لأن التعارض إنما يكون بين البينتين الكاملتين.

فـصل: وإن شهد أحدهما أنه غصبه ثوبًا قيمته درهمان وشهد آخر أن قيمته ثلاثة ثبت له ما اتفـقا عليه وهو درهمـان وله أن يحلف مع الآخر على درهم، لأنهـما اتفقـا على درهمين وانفرد أحدهما بدرهم فأشبه ما لو شهد أحدهما بألف وآخر بخمسمائة، وإن شهد شاهدان أن

والخصومة معه دون سيده فإن قلنا: إن اليمين تشرع فى هذا حلف العبد دون سيده، وإن نكل لم يحلف غيـره، وإن كان ممـا لا يقبل قول العـبد فيـه كإتلاف مال أو جـناية توجب المال فالخصم السيد واليـمين عليه ولا يحلف العبد فيها بحال، وإن نكـل من توجهت عليه اليمين عنها وقال: لى بينة أقيمـها أو حساب أستثبته لأحلف على مـا أتيقنه فذكر أبو الخطاب أنه لا يمهل، وإن لم يحلف جعل ناكلاً، وقيل: لا يكون ذلك نكولاً ويمهل مدة قريبة كما لو ادعى قضاء أو إبراء.

قيمته درهمان وشاهدان أن قيمته ثلاثة ثبت له درهمان، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: له ثلاثة، لأنه قد شهد بها شاهدان وهما حجة فيجب الأخذ بهما كما يؤخذ بالزيادة فى الأخبار، وكما لو شهد له شاهدان بألف وشاهدان بألفين، فإنه يجب له ألفان، قال القاضى: ويتوجه لنا مثل هذا بناء على مسألة الألف وخمسمائة.

ولنا: أن من شهد أن قيمته درهمان ينفى أن تكون قيمته ثلاثة فقد تعارضت البينتان فى الدرهم وتخالف الزيادة فى الأخبار، فإن من يروى الناقص لا ينفى الزيادة وكذلك من شهد بألف لا ينفى أن عليه ألفًا آخر، **فإن قيل**: فلم قلتم إنه إذا شهد بكل واحد من القيمتين شاهدان تعارضتا وإن شهد واحد لم تتعارضا وكان له أن يحلف مع الشاهد بالزيادة عليها **قلنا**: لأن الشاهدين حجة وبينة، فإذا كملت من الجانبين تعارضت الحجتان لتعذر الجمع بينهما، وأما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده وإنما يصير حجة مع اليمين، فإذا حلف مع أحدهما كملت الحجة بيمينه ولم يعارضهما ما ليس بحجة كما لو شهد بأحدهما شاهدان وبالآخر شاهد واحد.

١٩٢٦- مسألة: قال: **(ومن ادّعى شهادة عدل فأنكر أن تكون عنده ثم شهد بها بعد ذلك وقال: كنت أنسيتها قبلت منه)**.

وجملة ذلك: أن العدل إذا أنكر أن تكون عنده شهادة ثم شهد بها وقال: كنت أنسيتها قبلت ولم ترد شهادته، وبهذا قال الثورى والشافعى وإسحاق ولا أعلم فيه مخالفًا، وذلك لأنه يجوز أن يكون نسيها، وإذا كان ناسيًا لها فلا شهادة عنده فلا نكذبه مع إمكان صدقه، ولا يشبه هذا إذا ما قال: لا بينة ثم أتى ببينة حيث لا تسمع، فإن ذلك إقرار منه على نفسه بعدم البينة والإنسان يؤاخذ بإقراره، وقول الشاهد لا شهادة عندى ليس بإقرار، فإن الشهادة ليست له إنما هى حق عليه فيكون منكرًا لها، فإذا اعترف بها كان إقرارًا بعد الإنكار وهو مسموع بخلاف الإنكار بعد الإنكار، ولأن الناسى للشهادة لا شهادة له عنده فهو صادق فى إنكاره، فإذا ذكرها صارت عنده فلا تنافى بين القولين وصار هذا كمن أنكر أن يكون عنده شهادة قبل أن يستشهد ثم استشهد بعد ذلك فصارت عنده بخلاف من أنكر أن له بينة، فإنه لا يخرج عن أن يكون له بينة بنسيانها.

١٩٢٧- مسألة: قال: **(ومن شهد بشهادة يجر إلى نفسه بعضها بطلت شهادته فى الكل)**.

فصل: ولو ادعى على رجل دينًا أو حقًا فقال: قد أبرأتنى منه واستوفيته منى فالقول قول المنكر الإبراء والاستيفاء مع يمينه، ويكفيه أن يحلف بالله أن هذا الحق ـ ويسميه تسمية يصير بها معلومًا ـ ما برئت ذمتك منه ولا من شىء منه، أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شىء منه وإن ادعى استيفاءه أو البراءة بجهة معلومة كفاه الحلف على تلك الجهة وحدها.

وجملته: أن من شهد بشهادة له بعضها مثل أن يشهد الشريك لشريكه بمال من الشركة أو يشهـد على: زيد بدار له ولعمرو، فإن شـهادته تبطل فى الكل، وقال الشـافعى فيهـا قولان: **أحدهما:** كقولنا، **والثانى:** تصح شهادته لغيره، لأنه أجنبى فتصح شهادته له، كما لو لم يكن له فيـها شـرك، ويتخرج لنا مـثل هذا بناء على قولنا فى عـبد بين ثلاثة اشـترى نفـسه منهم بثلاثمائة درهم فادّعى أنهم قبضوها منه فأنكر أحـدهم أن يكون أخذ شيئًا فأقر له اثنان وشهدا على المنكر بالقبض، فإن شهادتهما تقبل عليه ويشاركهما فيما أخذا من المال.

ولنا: أنها شهادة رد بعضهـا للتهمة فترد جميعها كما لو شـهد المضارب لرب المال بمال من المضاربة، ولـو شهد بدين لأبيه وأجنبى أو شـهد بشهادة ترد فى بعض ما شـهد به بطلت كلها.

١٩٢٨- مسـألة: قـال: **(وإذا مـات رجل وخلف ابنًا وألف درهم فـادعى رجل على الميت ألف درهم وصدقه الأب وادّعى آخر مثل ذلك وصـدقه الابن فإن كان فى مجلس واحد كان الألف بينهما، وإن كان فى مجلسين كان الألف للأول ولا شىء للثانى).**

وجملـته: أن الميت إذا خلف وارثًا وتركه فأقر الوارث لرجـل بدين على الميت يستغرق ميراثه فقد أقر بتعليق دينه بجميع التركة واستـحقاقه لجميعها، فإذا أقر بعد ذلك لآخر نظرت، فإن كان فى المجلس صح الإقرار واشتركا فى التـركة، لأن حالة المجلس كلها كحالة واحدة بدليل القبض فيما يعتبر القـبض فيه وإمكان الفسخ فى البيع ولحوق الزيادة فى العقد، فكذلك فى الإقرار، وإن كان فى مجلس آخـر لم يقبل إقراره، لأنه يقر بحق على غيـره، فإنه يقر بما يقتضى مشـاركة الأول فى التركة ومزاحمتـه فيها وتنقيص حقه منهـا، ولا يقبل إقرار الإنسان على غيره، وقال الشافعى: يقبل إقراره ويشتركان فيها، لأن الوارث يقوم مقام الموروث، ولو أقر الموروث لهما لقبل فكذلك الوارث، ولأن منعه من الإقرار يفضى إلى إسقاط حق الغرماء فإنه قد لا يتفق حضورهم فى مجلس واحد فيـبطل حقه بغيبته، ولأن من قبل إقراره أولاً قبل إقراره ثانيًا إذا لم يتغير حاله كالموروث.

ولنا: أنه أقر بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره على وجه يضربه تعلقًا يمنع صحة تصرفه فيه فلم يقبل كإقرار الراهن بجناية عبده المرهون أو الجانى، وأما الموروث فإن أقر فى صحته صح، لأن الدين لا يتعلق بمـاله وإنما يتعلـق بذمته، وإن أقر فى مـرضه لم يحاص المـقر له غرماء الصحة لذلك، وإن أقر فى مرضه لغريم يستغرق دينه تركته ثم أقر لآخر فى مجلس آخر صح وشارك الأول، والفـرق بينه وبين الوارث أن إقراره الأول لم يمنعه التصـرف فى ماله ولا أن يتعلق به دين آخر بأن يسـتدين دينًا آخر فلم يمنع ذلك تعلق الدين بتركتـه بالإقرار بخلاف الوارث فإنه لا يملك أن يعلق بالتـركة دينًا آخر بفعله فلا يملكه بقـوله ولا يملك التصرف فى التركة ما لم يلتزم قضاء الدين.

فـصل: وإن مات وترك ألفًا فأقر به ابنه لرجل ثم أقر به لغيره فهو للأول ولا شىء للثانى

فيه سواء كان في مجلس أو مجلسين، لأنه باعترافه للأول ثبت له الملك فيه فصار إقراره للثاني إقرارًا له بملك غيره فلم يقبل وتلزم المقر غرامته للثاني، لأنه فوته عليه بإقراره لغيره فأشبه ما لو غصبه منه فدفعه إلى غيره.

١٩٢٩- مسألة: قال: (**ومن ادّعى دعوى على مريض فأومأ برأسه أي نعم لم يحكم بها حتى يقول بلسانه**).

وجملته: أن إشارة المريض لا تقوم مقام نطقه وسواء كان عاجزًا عن الكلام أو قادرًا عليه وبهذا قال الثوري، وقال الشافعي: يقبل إقراره بإشارته إذا كان عاجزًا عن الكلام لأنه إقرار بالإشارة من عاجز عن الكلام فأشبه إقرار الأخرس.

ولنا: أنه غير مأيوس من نطقه فلم تقم إشارته مقام نطقه كالصحيح، وبهذا فارق الأخرس، فإنه مأيوس من نطقه ولهذا لو ارتج عليه في الصلاة لم تصح صلاته بغير قراءة بخلاف الأخرس، والآيسة يفرق بينها وبين من ارتفع حيضها مع إمكانه في العدة ولأن عجزه عن النطق غير متحقق، فإنه يحتمل أن يترك الكلام لصعوبته عليه ومشقته لا لعجزه، وإن صار إلى حال يتحقق الإياس من نطقه لم يوثق بإشارته، لأن المرض الذي أعجزه عن النطق لم يختص بلسانه فيجوز أن يكون أثر في عقله أو في سمعه فلم يدر ما قيل له بخلاف الأخرس، ولأن الأخرس قد تكررت إشارته حتى صارت عند من يعاشره كاليقين ومماثلة النطق وهذا لم تتكرر إشارته فلعله لم يرد الإقرار إنما أراد الإنكار أو إسكات من يسأله ومع هذه الفروق لا يصح القياس.

١٩٣٠- مسألة: قال: (**ومن ادّعى دعوى وقال: لا بينة لي ثم أتى بعد ذلك ببينة لم تقبل لأنه مكذب لبينته**).

وبهذا قال محمد بن الحسن وقال أبو يوسف وابن المنذر: تقبل، وهو ظاهر مذهب الشافعي، لأنه يجوز أن ينسى أو يكون الشاهدان سمعا وصاحب الحق لا يعلم فلا يثبت بذلك أنه كذب بينته، وقال بعض أصحاب الشافعي: وإن كان الإشهاد أمرًا تولاه بنفسه لم تسمع بينته، لأنه أكذبها، وإن كان وكيله أشهد على المدّعى عليه أو شهد من غير علمه أو من غير أن يشهدهم سمعت بينته، لأنه معذور في نفيه إياها وهذا القول حسن.

ولنا: أنه أكذب بينته بإقراره أنه لا يشهد له أحد، فإذا شهد له إنسان كان تكذيبًا له ويفارق الشاهد إذا قال: لا شهادة عندي، ثم قال: كنت نسيتها، لأن ذلك إقرار لغيره بعد الإنكار وههنا هو مقر لخصمه بعدم البينة فلم يقبل رجوعه عنه، والحكم فيما إذا قال: كل بينة لي زور كالحكم فيما إذا قال: لا بينة لي، على ما ذكرنا من الخلاف فيه.

فصل: وإن قال: ما أعلم لي بينة ثم أتى ببينة سمعت، لأنه يجوز أن تكون له بينة لم يعلمها، ثم علمها قال أبو الخطاب: ولو قال: ما أعلم لي بينة فقال شاهدان: نحن نشهد لك، سمعت بينته.

١٩٣١- مسألة: قال: (**وإذا شهد الوصى على من هو موصى عليهم قبلت شهادته، وإن شهد لهم لم يقبل إذا كانوا فى حجره**).

أما شهادته عليهم فمقبولة لا نعلم فيه خلافًا، فإنه لا يتهم عليهم ولا يجر بشهادته عليهم نفعًا ولا يدفع عنهم بها ضـررًا، وأما شهادته لهم إذا كانوا فى حجره فغيـر مقبولة، وهذا قول أكثـر أهل العلم، منهم الشـعبى والثـورى ومالك والشافـعى والأوزاعى وأبو حنيفـة وابن أبى ليلى، وأجـاز شريح وأبو ثور شهـادته لهم إذا كان الخـصم غيـره، لأنه أجنبى منهم فقـبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية.

ولنا: أنه شهد بشىء هو خـصم فيه فإنه الذى يطالب بحقـوقهم ويخاصم فيهـا ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته كما لو شهد بمال نفسه، ولأنه يأخذ من مالهم عند الحاجة فيكون متهمًا فى الشهـادة به، فأما قوله إذا كـانوا فى حجره، فـإنه يعنى أنه لو شهد لهم بعـد زوال ولايته عنهم قبلت شهادته لزوال المعنى الذى منع قبولها والحكم فى أمين الحاكم يشهد للأيتام الذين هم تحت ولايته كالحكم فى الوصى سواء.

١٩٣٢- مسألة: قال: (**إذا شهد من يخنق فى الأحيان قبلت شهادته فى إفاقته**).

قال ابن المنذر(٤٧): أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وممن حفظنا عنه ذلك مالك والثورى والشافعى وإسحـاق وأبو ثور، ولا أحسبه إلا مذهب أهل الكوفة، وذلك لأن الاعتـبار فى الشهـادة بحال أدائها وهو فى وقت الأداء من أهل التـحصيل والعـقل الثابت فقبلت شهادته كالصبى إذا كبر، ولأنه عدل غيـر متهم فقبلت شهادته كالصحيح، وزوال عقله فى غير حال الشهادة لا يمنع قبولها كالصحيح الذى ينام والمريض الذى يغمى عليه فى بعض الأحيان.

١٩٣٣- مسألة: قـال: (**وتقبل شهادة الطبيب فى الموضـحة إذا لم يقدر على طبيبين وكذلك البيطار فى داء الدابة**).

وجـملتـه: أنه إذا اختلف فى الشـجة هل هى موضحة أو لا؟ أو فـيما كان أكـثر منها كالهاشـمة والمنقلة والآمة والدامـغة أو أصغر منها كـالباضعة والمـتلاحمة والسـمحاق أو فى الجائفة وغيرها من الجراح التى لا يعرفها إلا الأطبـاء أو اختلفا فى داء يختص بمعرفته الأطباء أو فى داء الدابة فظاهر كلام الخرقى أنه إذا قدر على طبـيبين أو بيطارين لا يجزئ واحد، لأنه مما يطلع عليه الرجال فلم تقبل فيه شهادة واحد كسائر الحقوق، فإن لم يقدر على اثنين أجزأ واحد، لأنه مـما لا يمكن كل واحد أن يشـهد به، لأنه ممـا يختص به أهل الخـبرة من أهل الصنعة فاجتـزئ فيه بشهادة واحد بمنزلة العـيوب تحت الثياب يقبل فيهـا قول المرأة الواحدة فقبول قول الرجل الواحد أولى.

---

(٤٧) انظر الإجماع لابن المنذر (ص٦٥/ ٢٦٨) بلفظ: «وأجمـعوا على أن المجنون الذى يجن ـ ويفيق إذا شهد فى حال إفاقته أن شهادته جائزة، إذا كان عدلاً» اهـ.

فصل: قال أحمد رحمه الله: إذا قال: أشهد على مائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة كره إلا أن يقول: أشهد ولى على مائة ومائة يحكيه كله للحاكم كما كان، وقال أحمد: إذا شهد على ألف وكان الحاكم لا يحكم إلا على مائة ومائتين فقال له صاحب الحق: أريد أن تشهد لى على مائة لم يشهد إلا بألف، قال القاضى: وذلك أن على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد، قال الله تعالى: ﴿ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَن يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَا﴾ (المائدة: ١٠٨) ولأنه لو ساغ للشاهد أن يشهد ببعض ما أشهد عليه لساغ للقاضى أن يقضى ببعض ما شهد به الشاهد.

وقال أبو الخطاب: عندى يجوز أن يشهد بذلك، لأن من شهد بألف فقد شهد بمائة فإذا شهد بمائة، لم يكن كاذبًا فى شهادته، فجاز كما لو كان قد أقرضه مائة مرة وتسعمائة مرة أخرى، والأول أصح لما ذكره القاضى، ولأن شهادته بمائة ربما أوهمت أن هذه المائة غير التى شهدت بأصله فيؤدى إلى إيجابها عليه مرتين.

فصل: قال أحمد: إذا شهد بألف درهم ومائة دينار فله من دراهم ذلك البلد ودنانيره، قال القاضى: لأنه لما جاز أن يحمل مطلق العقد على ذلك جاز أن تحمل الشهادة عليه، والله أعلم.

كتاب الدعاوى والبينات

الدعوى فى اللغة إضافة الإنسان إلى نفسه شيئًا ملكًا أو استحقاقًا أو صفقة أو نحو ذلك وهى فى الشرع إضافته إلى نفسه استحقاق شىء فى يد غيره أو فى ذمته والمدّعى عليه من يضاف إليه استحقاق شىء عليه، وقال ابن عقيل: الدعوى الطلب، قال الله تعالى: ﴿وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ﴾ (يس: ٥٧) وقيل: المدعى من يلتمس بقوله أخذ شىء من يد غيره أو إثبات حق فى ذمته والمدّعى عليه من ينكر ذلك، وقيل: المدعى من إذا ترك لم يسكت والمدعى عليه من إذا ترك سكت، وقد يكون كل واحد منهما مدعيًا ومدعى عليه بأن يختلفا فى العقد فيدّعى كل واحد منهما أن الثمن غير الذى ذكره صاحبه، والأصل فى الدعوى قول النبى ﷺ: «لو أعطى الناس بدعواهم لادّعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدّعى عليه» رواه مسلم(١) وفى حديث: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه»(٢) ولا تصح الدعوى إلا من جائز التصرف.

١٩٣٤- مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: **(ومن ادّعى زوجية امرأة فأنكرته ولم تكن له بينة فرق بينهما ولم يحلف).**

باب الدعاوى والبينات(١)

الدعوى إضافة الإنسان إلى نفسه شيئًا أو ملكًا أو نحوه، وهو فى الشرع إضافته إلى نفسه استحقاق شىء فى يد غيره أو فى ذمته والمدعى عليه من يضاف إليه استحقاق شىء عليه، قال ابن عقيل: الدعوى الطلب قال الله تعالى: ﴿وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ﴾ (يس: ٥٧).

1- مسألة: (والمدعى من إذا ترك سكت والمنكر من إذا سكت لم يترك).

وقيل: المدعى من يلتمس بقوله أخذ شىء من يد غيره وإثبات حق فى ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك وقد يكون منهما مدعيًا ومدعى عليه بأن يختلفا فى العقد فيدعى كل واحد منهما أن اليمين غير الذى ذكره صاحبه، والأصل فى الدعوى قول النبى ﷺ «لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم، وفى حديث: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه».

2- مسألة: (ولا تصح الدعوى والإنكار إلا من جائز التصرف)

لأن من لا يصح تصرفه لا قول له فى المال ولا يصح إقراره ولا تصرفه فلا تسمع دعواه ولا إنكاره كما لا يسمع إقراره.

---

(١) تقدم برقم (٣٢). (٢) تقدم برقم (٣٠).

(١) أحاديث هذا الباب مخرجه فى كتاب الدعاوى والبينات من المغنى.

وجملته: أن النكاح لا يستحلف فيه، رواية واحدة ذكره القاضى وهو قول أبى حنيفة، ويتخرج أن يستحلف فى كل حق لآدمى وهو قول الشافعى وابن المنذر ونحوه قول أبى يوسف ومحمد لقول النبى ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه»(٣) ولأنه حق لآدمى فيستحلف فيه كالمال، ثم اختلفوا فقال أبو يوسف ومحمد: يستحلف فى النكاح فإن نكل ألزم النكاح، وقال الشافعى: إن نكل ردت اليمين على الزوج فحلف وثبت النكاح.

ولنا: أن هذا مما لا يحل بذله فلم يستحلف فيه كالحد، يحقق هذا أن الأبضاع مما يحتاط فيها فلا تباح بالنكول ولا به وبيمين المدعى كالحدود، وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين أو للجهل بحقيقة الحال أو للحياء من الحلف والتبذل فى مجلس الحاكم، ومع هذه الاحتمالات لا ينبغى أن يقضى به فيما يحتاط له، ويمين المدعى إنما هى قول نفسه لا ينبغى أن يعطى بها أمرًا فيه خطر عظيم وإثم كبير ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه.

وأما الحديث فإنما تناول الأموال والدماء فلا يدخل النكاح فيه، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصًا بالحدود فالنكاح فى معناه بل النكاح أولى، لأنه لا يكاد يخلو من شهود لكون الشهادة شرطًا فى انعقاده أو من اشتهاره فيشهد فيه بالاستفاضة والحدود بخلاف ذلك،

3- مسألة: (وإن تداعيا عينًا لم تخل من ثلاثة أقسام: (أحدها) أن تكون فى يد أحدهما فهى له مع يمينه أنه لا حق للآخر فيها إذا لم تكن بينة)

لما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» متفق عليه، وقال النبى ﷺ فى قصة الحضرمى والكندى: «شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك» ولأن الظاهر من اليد الملك.

4- مسألة: (ولو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر أخذ بزمامها فهى للأول)

لأن تصرفه أقوى ويده آكد وهو المستوفى لمنفعتها، فإن كان لأحدهما عليها حمل والآخر راكبًا فهى للراكب، لأنه أقوى تصرفًا، فإن اختلفا فى الحمل فادعاه الراكب، وصاحب الدابة فهو للراكب لأن يده على الدابة والحمل معًا فأشبه ما لو اختلف الساكن وصاحب الدار فى قماش فيها، وإن تنازع الراكب وصاحب الدابة فى السرج فهو لصاحب الدابة، لأن السرج فى العادة يكون لصاحب الفرس، ولو تنازع اثنان فى ثياب عبد لأحدهما فهى لصاحب العبد، لأن يد العبد عليها، وإن تنازع صاحب الثياب وآخر فى العبد اللابس لها فهما سواء، لأن نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كالذى ذكرنا.

---

(٣) تقدم برقم (٣١).

إذا ثبت هذا فإنه يفرق بينهما ويحال بينه وبينها ويخلى سبيلها، وإن قلنا: إنها تحلف على الاحتمال الآخر فنكلت لم يقض بالنكول وتحبس فى أحد الوجهين حتى تقر أو تحلف، وفى الآخر يخلى سبيلها وتكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع لتقر إن كان المدعى محقًا أو تحلف فتبرأ إن كان مبطلاً.

فصل: وإذا ادعى رجل نكاح امرأة احتاج إلى ذكر شرائط النكاح، فيقول: تزوجتها بولى مرشد وشاهدى عدل ورضاها إن كانت ممن يعتبر رضاها، وهذا منصوص الشافعى، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يحتاج إلى ذكر شرائطه، لأنه نوع ملك فأشبه ملك العبد، ألا ترى أنه لا يحتاج أن يقول: وليست معتدة ولا مرتدة؟

ولنا: أن الناس اختلفوا فى شرائط النكاح فمنهم من يشترط الولى والشهود ومنهم من لا يشترط ومنهم من يشترط إذن البكر البالغ لأبيها فى تزويجها، ومنهم من لا يشترطه وقد يدّعى نكاحًا يعتقده صحيحًا والحاكم لا يرى صحته ولا ينبغى أن يحكم بصحته مع جهله بها ولا يعلم بها ما لم تذكر الشروط وتقوم البينة بها وتفارق المال، فإن أسبابه لا تنحصر وقد يخفى على المدعى سبب ثبوت حقه والعقود تكثر شروطها ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطًا سبعة وربما لا يحسن المدعى عدها ولا يعرفها، والأموال مما يتساهل فيها ولذلك افترقا فى اشتراط الولى والشهود فى عقوده فافترقا فى الدعوى، وعدم العدة والردة لم يختلف الناس فيه والأصل عدمها ولا تختلف به الأغراض، فإن كانت المرأة أمة والزوج حرًا فقياس ما ذكرناه

فصل: وإن تنازعا قميصًا أحدهما لابسه والآخر آخذ بكمه فهو للابسه، لأن تصرفه أقوى وهو المستوفى لمنفعته، فإن كان كمه فى يد أحدهما وباقيها مع الآخر أو تنازعا عمامة طرفها فى يد أحدهما وباقيها فى يد الآخر فهما سواء فيها، لأن يد الممسك بالطرف عليها بدليل أنه لو كان باقيها على الأرض فنازعه فيها غيره كانت له، وإذا كانت فى أيديهما تساويا فيها.

فصل: ولو كانت دار فيها أربعة أبيات فى أحد أبياتها ساكن وفى الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلفا فيها فإن لكل واحد ما هو ساكن فيه، لأن كل بيت منفصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه فى ثبوت اليد عليه، وإن تنازعا الساحة التى يتطرق منها إلى البيوت فهى بينهما نصفان لاشتراكهما فى ثبوت اليد عليها فأشبهت العمامة فيما ذكرنا.

5- مسألة: (وإن تنازع صاحب الدار والخياط الإبرة والمقص فهما للخياط)

لأن تصرفه فيهما أكثر وأظهر والظاهر أن الإنسان إذا دعى خياطًا يخيط له فالعادة أنه يحمل معه إبرته ومقصه، وإن اختلفا فى القميص فهو لصاحب الدار إذ ليست العادة أن يحمل القميص معه يخيطه فى دار غيره، وإنما العادة أن يخيط قميص صاحب الدار فيها.

وإن اختلف صاحب الدار والنجار فى القدوم والمنشار وآلة النجارة فهى للنجار، وإن

أنه يحتاج إلى ذكر عدم الطول وخوف العنت، ولأنهما من شرائط صحة نكاحها، وأما إن ادّعى استدامة الزوجية ولم يدع العقد لم يحتج إلى ذكر الشروط فى أحد الوجهين، لأنه يثبت بالاستفاضة ولو اشترط ذكر الشروط لاشترطت الشهادة به ولا يلزم ذلك فى شهادة الاستفاضة، وفى الثانى يحتاج إلى ذكر الشروط، لأنه دعوى نكاح فأشبه دعوى العقد.

فصل: وإن ادعت المرأة النكاح على زوجها وذكرت معه حقًا من حقوق النكاح كالصداق والنفقة ونحوها سمعت دعواها بغير خلاف نعلمه، لأنها تدّعى حقًا لها تضيفه إلى سببه فتسمع دعواها كما لو ادّعت ملكًا أضافته إلى الشراء، وإن أفردت دعوى النكاح فقال القاضى: تسمع دعواها أيضًا لأنه سبب لحقوق لها فتسمع دعواها فيه كالبيع، وقال أبو الخطاب: فيه وجه آخر لا تسمع دعواها فيه، لأن النكاح حق للزوج عليها فلا تسمع دعواها حقًا لغيرها، فإن قلنا بالأول سئل الزوج، فإن أنكر ولم تكن بينة فالقول قوله من غير يمين، لأنه إذا لم تستحلف المرأة والحق عليها فلأن لا يستحلف من الحق له وهو ينكره أولى، ويحتمل أن يستحلف، لأن دعواها إنما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين، وإن قامت البينة بالنكاح ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها، فأما إباحتها له فتنبنى على باطن الأمر، فإن علم أنها زوجته حلت له، لأن إنكاره النكاح ليس بطلاق ولا نوى به الطلاق، وإن علم أنها ليست امرأته إما لعدم العقد أو لبينونتها منه لم تحل له، وهل يمكن

اختلفا فى الخشبة المنشورة والأبواب والرفوف المنجورة فهى لصاحب الدار، وإن اختلف النجاد ورب الدار فى قوس الندف فهو للنجاد، وإن اختلفا فى الفرش والقطن والصوف فهو لصاحب الدار.

6- **مسألة: (وإن تنازع هو والقراب القربة فهى للقراب)** وإن اختلفا فى الخابية والجرار فهى لصاحب الدار، ومذهب الشافعى فى هذه المسائل على ما ذكرناه.

7- **مسألة: (وإن تنازعا عرصة فيها شجر أو بناء لأحدهما فهى له)** لأنه استوفى لمنفعتها.

8- **مسألة: (وإن تنازعا حائطًا معقودًا ببناء أحدهما أو وحده أو متصلاً به اتصالاً لا يمكن إحداثه أو له عليه أزج فهو له، وإن كان محلولاً من بنائهما أو معقودًا بهما فهو بينهما)**

وجملة ذلك أن الرجلين إذا تنازعا حائطًا بين ملكهما وتساويا فى كونه معقودًا ببنائهما معًا وهو أن يكون متصلاً بهما اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كهذه معطائر التى لا يمكن إحداث اتصال بعضها ببعض أو تساويا فى كونه محلولاً من بنائهما أى غير متصل القنائهما أى غير متصل القنائهما الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء فى الدعوى إن لم تكن لواحد منهما بينة تحالفا فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط أنه له وتكون بينهما نصفين، لأن

منها فى الظاهر؟ يحتمل وجهين: **أحدهما**: يمكن منها، لأن الحاكم قد حكم بالزوجية، **الثاني**: لا يمكن منها لإقراره على نفسه بتحريمها عليه فيقبل قوله فى حق نفسه دون ما عليه كما لو تزوج امرأة ثم قال: هى أختى من الرضاعة، فإذا ثبت هذا فإن دعواها النكاح كدعوى الزوج فيما ذكرنا من الكشف عن سبب النكاح وشرائط العقد، ومذهب الشافعى قريب مما ذكرنا فى هذا الفصل.

فصل: فأما سائر العقود غير النكاح كالبيع والإجارة والصلح وغيرها فلا يفتقر إلى الكشف وذكر الشروط فى أصح الوجهين، لأنها لا يحتاط لها ولا تفتقر إلى الولى والشهود فلم تفتقر إلى الكشف كدعوى العين، وسواء كان المبيع جارية أو غيرها، لأنها مبيع فأشبهت الجارية، وكذلك إذا كان المدّعى عينًا أو دينًا لم يحتج إلى ذكر السبب، لأن أسباب ذلك تكثر ولا تنحصر، وربما خفى على المستحق سبب استحقاقه فلا يكلف بيانه ويكفيه أن يقول: أستحق هذه العين التى فى يده أو استحق كذا كذا فى ذمته، ويقول فى البيع: إنى اشتريت منه هذه الجارية بألف درهم أو بعتها منه بذلك، ولا يحتاج أن يقول: وهى ملكه أو وهى ملكى ونحن جائز الأمر وتفرقنا عن تراض، وذكر أبو الخطاب فى العقود وجهًا آخر أنه يشترط ذكر شروطها قياسًا على النكاح، وذكر أصحاب الشافعى هذين الوجهين ووجهًا ثالثًا أنه إن كان المبيع جارية اشترط ذكر شروط البيع لأنه عقد يستباح به الوطء فأشبه النكاح، وإن كان المبيع غيرها لم يشترط لعدم ذلك والأول أولى، لأنها دعوى فيما لا يشترط فيه الولى والشهود أشبه دعوى العين، وما لزم ذكره فى الدعوى فلم يذكره، سأله الحاكم عنه لتصير الدعوى معلومة فيمكن الحاكم الحكم بها وقد ذكرنا سائر الدعاوى فيما سبق بما أغنى عن إعادته ههنا.

كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط فى أيديهما، وإن حلف كل واحد منهما على جميع الحائط أنه له وما هو لصاحبه جاز، وبهذا قال أبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر، ولا أعلم فيه مخالفًا، لأن المختلفين فى العين إذا لم تكن لواحد منهما بينة فالقول قول من هى فى يده مع يمينه، وإذا كانت فى أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون القول قوله فى نصفها مع يمينه، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها، وإن كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا وصارا كمن لا بينة لهما، فإن لم تكن لهما بينة ونكلا عن اليمين كان الحائط فى أيديهما على ما كان، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى على الناكل فكان الكل للآخر، وإن كان متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وقال أبو ثور: لا يرجح بالعقد ولا ينظر إليه.

ولنا: أن الظاهر أن هذا البناء بنى كله بناءً واحدًا فإذا كان بعضه لرجل كان باقيه له، والبناء الآخر الظاهر أنه بنى وحده فإنه لو بنى مع هذا كان متصلاً به فالظاهر أنه لغير صاحب هذا الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كاليد.

١٩٣٥- مسألة: قال: (**ومن ادعى دابة فى يد رجل فأنكر وأقام كل واحد منهما بينة حكم بها للمدّعى ببينته ولم يلتفت إلى بينة المدعى عليه، لأن النبى ﷺ أمرنا بسماع بينة المدعى ويمين المدعى عليه وسواء شهدت بينة المدعى عليه أنها له أو قالت: ولدت فى ملكه عليه**).

وجملة ذلك: أن من ادّعى شيئًا فى يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما بينة فإن بينة المدعى تسمى بينة الخارج، وبينة المدّعى عليه تسمى بينة الداخل، وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا تعارضتا فالمشهور عنه تقديم بينة المدعى ولا تسمع بينة المدّعى عليه بحال، وهذا قول إسحاق وعنه رواية ثانية إن شهدت بينة الداخل بسبب الملك، وقالت: نتجت فى ملكه أو اشتراها أو نسجها أو كانت بينته أقدم تاريخًا قدمت وإلا قدمت بينة المدعى، وهو قول أبى حنيفة وأبى ثور فى النتاج والنساج فيما لا يتكرر نسجه، فأما ما يتكرر نسجه كالصوف والخز فلا تسمع بينته، لأنها إذا شهدت بالسبب فقد أفادت ما لا تفيده اليد، وقد روى جابر بن عبد الله أن النبى ﷺ اختصم إليه رجلان فى دابة أو بعير فأقام كل واحد منهما البينة بأنها له أنتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذى هى فى يده(٤)، وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة أن بينة المدعى عليه تقدم بكل حال وهو قول شريح والشعبى والنخعى والحكم والشافعى وأبى عبيد وقال: هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروى عن طاوس وأنكر القاضى كون هذا رواية عن أحمد وقال: لا تقبل بينة الداخل إذا لم تفد إلا ما أفادته يده رواية

فإن قيل: فلم لا تجعلوه له بغير يمين لذلك؟ **قلنا:** لأن ذلك ظاهر وليس بيقين إذ يحتمل أن أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعًا مع حائطه أو كان له فوهبه إياه أو بناه بأجرة فشرعت اليمين من أجل الاحتمال كما شرعت فى حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليمين، فأما إن كان معقودًا ببناء أحدهما عقد يمكن إحداثه كالبناء باللبن والآجر فإنه يمكن أن ينزع من الحائط المبنى نصف لبنة أو آجرة ويجعل مكانها لبنة صحيحة أو آجرة صحيحة تعقد الحائطين، فقال القاضى: لا يرجح بهذا لاحتمال أن يكون فعل هذا ليتملك الحائط المشترك، وظاهر كلام الخرقى أنه يرجح بهذا الاتصال كما يرجح بالاتصال الذى لا يمكن إحداثه، لأن الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه بنزع آجره وتغيير بنائه وفعل ما يدل على ملكه له فوجب أن يرجح كما يرجح باليد مع أنها تحتمل أن تكون يدًا عادية حدثت بالغصب أو بالعارية أو الإجارة ولم يمنع ذلك الترجيح بها فإن كان لأحدهما عليه بناء كحائط مبنى عليه أو عقد معتمد عليه أو قبة ونحو هذا فهو له، وبهذا قال الشافعى، لأن وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة لكونه منتفعًا به فجرى مجرى حمله على البهيمة وزرعه فى الأرض، ولأن الظاهر أو الإنسان لا يترك غيره يبنى على الحائط، وكذلك إن كانت عليه سترة أو كان فى

---

(٤) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٢٥٦) والدارقطنى فى «السنن» (٤/ ٢١/ ٢٠٩) وإسناده ضعيف.

واحدة، واحتج من ذهب إلى هذا القول بأن جنبة المدعى عليه أقوى، لأن الأصل معه ويمينه تقدم على يمين المدعى فإذا تعارضت البينتان وجب إبقاء يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما، وحديث جابر يدل على هذا فإنه إنما قدمت بينته ليده.

ولنا: قول النبى ﷺ «البينة على المدعى واليمين على المدّعى عليه»(٥) فجعل جنس البينة فى جنبة المدعى فلا يبقى فى جنبة المدّعى عليه بينة، ولأن بينة المدعى أكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح على التعديل ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئًا لم يكن وبينة المنكر إنما تثبت ظاهرًا تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة، ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف، فإن ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليها بينة المدعى كما تقدم على اليد كما أن شاهدى الفرع لما كانا مبنيين على شاهدى الأصل لم تكن لهما مزية عليهما.

فصل: وأى البينتين قدمناها لم يحلف صاحبها معها، وقال الشافعى: فى أحد قوليه يستحلف صاحب اليد، لأن البينتين سقطتا بتعارضهما فصارا كمن لا بينة لهما فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بينة.

ولنا: أن إحدى البينتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو تعارض خبران خاص وعام أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه، ولا نسلم أن البينة الراجحة تسقط، وإنما ترجح ويعلم بها وتسقط المرجوحة.

فصل: فإن كانت البينة لأحدهما دون الآخر نظرت فإن كانت البينة للمدعى وحده حكم بها ولم يحلف بغير خلاف فى المذهب، وهو قول أهل الفتيا من أهل الأمصار منهم الزهرى

أصل الحائط خشبة أن طرفها بجنب حائط منفرد به أحدهما أو له عليه أزج معقود فالحائط المختلف فيه له لأن الظاهر فى الخشبة أنها لمن ينفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له.

٩- مسألة: (ولا ترجح الدعوى بوضع خشب أحدهما عليه ولا بوجوه الآجر والتزويق والتجصيص ومعاقد القمط فى الخص).

قال أصحابنا: لا ترجح دعوى أحدهما بوضع خشبة على الحائط وهو قول الشافعى؛ لأن هذا مما يسمح به الجار، وقد ورد فى الخبر النهى عن المنع منه وهو عندنا حق يجب التمكين منه فلا ترجح به الدعوى كإسناد متاعه إليه وتجصيصه وتزويقه، ويحتمل أن ترجح به الدعوى وهو قول مالك، لأنه ينتفع به بوضع ماله عليه فأشبه البانى عليه والزارع فى الأرض وورود الشرع بالنهى عن المنع منه لا يمنع كونه دليلاً على الاستحقاق بدليل أننا استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقًا على الدوام حتى متى زال جازت إعادته، ولأن كونه مستحقًا

---

(٥) تقدم برقم (٢).

وأبو حنيفة ومالك والشافعي، وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي والشعبي وابن أبي ليلى: يستحلف الرجل مع بينته، قال شريح لرجل: لو أثبت عندي كذا وكذا شاهدًا ما قضيت لك حتى تحلف.

ولنا: قول النبي ﷺ للحضرمي: «بينتك أو يمينه ليس لك إلا ذلك»(٦) وقول النبي ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» ولأن البينة إحدى حجتي الدعوى فيكتفى بها كاليمين، قال أصحابنا: ولا فرق بين الحاضر والغائب والحي والميت والصغير والكبير والمجنون والمكلف.

وقال الشافعي: إذا كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه أحلف المشهود له، لأنه لا يمكنه أن يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والإبراء فيقوم الحاكم مقامه في ذلك لنزول الشبهة وهذا حسن فإن قيام البينة للمدعي بثبوت حقه لا ينفي احتمال القضاء والإبراء بدليل أن المدّعى عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته فإن كان حاضرًا مكلفًا فسكوته عن دعوى ذلك دليل على انتفائه فيكتفى بالبينة، وإن كان غائبًا أو ممن لا قول له نفي احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه فتشرع اليمين لنفيه، وإن لم تكن للمدّعى بينة وكانت للمنكر بينة سمعت بينته ولم يحتج إلى الحلف معها لأنا إن قلنا بتقديمها مع التعارض، وأنه لا يحلف معها فمع انفرادها

تشترط له الحاجة إلى وضعه ففيما لا حاجة إليه له منعه من وضعه، وأما السماح به فإن أكثر الناس لا يسامحون به، ولهذا لما روى أبو هريرة الحديث عن النبي ﷺ طأطأوا رءوسهم كراهة لذلك فقال: مالي أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمين بها بين أكتافكم، وأكثر الفقهاء لا يوجبون التمكين من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه، ولأن الحائط يبنى لذلك فيرجح به كالأزج وقال أصحاب أبي حنيفة: لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد، لأن الحائط لا يبنى له وترجح بالجذعين لأن الحائط يبنى لهما.

ولنا: أنه موضوع على الحائط فاستوى في ترجيح الدعوى قليله وكثيره كالبناء.

فصل: ولا ترجح الدعوى بكون الدواخل إلى أحدهما والخوارج ووجوه الآجر والحجارة ولا كون الآجرة الصحيحة مما يلي أحدهما وقطع الآجر مما يلي ملك الآخر ولا بمعاقد القمط في الخص يعني عقد الخيوط التي يشد بها الخص، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو يوسف ومحمد: يحكم به لمن إليه وجه الحائط ومعاقد القمط لما روى نمران بن حارثة التميمي، عن أبيه أن قومًا اختصموا إلى النبي ﷺ في خص فبعث حذيفة بن اليمان يحكم بينهم فحكم لمن تليه معاقد القمط ثم رجع إلى النبي ﷺ فأخبره فقال: «أصبت وأحسنت» رواه ابن ماجه وروى نحوه عن علي، ولأن العرف جار بأن من بنى حائطًا جعل وجه الحائط إليه.

---

(٦) تقدم برقم (٤) مسألة (١٩١٣).

أولى، وإن قلنا بتقديم بينة المدّعى عليه فيجب أن يكتفى بها عن اليمين، لأنها أقوى من اليمين فإذا اكتفى باليمين فيما هو أقوى منها أولى، ويحتمل أن تشرع اليمين أيضًا، لأن البينة ههنا يحتمل أن تكون مستندها اليد والتصرف فلا تفيد إلا ما أفادته اليد والتصرف وذلك لا يغنى عن اليمين فكذلك ما قام مقامه.

فصل: وإن ادّعى الخارج أن الدابة ملكه وأنه أودعها للداخل أو أعاره إياها أو آجرها منه ولم يكن لواحد منهما بينة فالقول قول المنكر مع يمينه ولا نعلم فيه خلافًا، وإن كان لكل واحد منهما بينة فبينة الخارج مقدمة وهذا قول الشافعى.

وقال القاضى: بينة الداخل مقدمة، لأنه هو الخارج فى المعنى، لأنه ثبت أن المدّعى صاحب اليد وأن يد الداخل نائبة عنه.

ولنا: قول النبى ﷺ: «البينة على المدعى» ولأن اليمين فى حق المدعى عليه فتكون البينة للمدعى كما لو لم يدع الإيداع، يحققه أن دعواه الإيداع زيادة فى حجته وشهادة البينة بها تقوية لها فلا يجوز أن تكون مبطلة لبينته، وإن ادّعى الخارج أن الداخل غصبه إياها وأقاما بينتين فهى للخارج ويقتضى قول القاضى: أنها للداخل والأولى ما ذكرناه.

ولنا: عموم قوله ﷺ: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» ولأن وجه الحائط ومعاقد القمط إذا كانا شريكين فيه لا بد من أن يكون إلى أحدهما إذ لا يمكن كونه إليهما جميعًا فبطلت دلالته كالتزويق، ولأنه يراد للزينة فهو كالتزويق، وحديثهم لا يثبته أهل النقل وإسناده مجهول، قاله ابن المنذر، قال الشالنجى: ذكرت هذا الحديث لأحمد فلم يقنعه وذكرته لإسحاق بن راهويه فقال: ليس هذا حديثًا ولم يصححه، وحديث على فيه مقال وما ذكروه من العرف ليس بصحيح فإن العادة جعل وجه الحائط إلى خارج ليراه الناس كما يلبس الرجل أحسن ثيابه أعلاها الظاهر للناس ليروه فيتزين به فلا دليل فيه.

فصل: ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتحسين ولا بكون أحدهما له الآجر وسترة غير مبنية عليه، لأنه مما يتسامح به ويمكن إحداثه.

10- مسألة: (وإن تنازع صاحب العلو والسفل فى السلم والدرجة فهى لصاحب العلو إلا أن يكون تحت الدرجة مسكن لصاحب السفل فيكون بينهما وإن تنازعا فى السقف الذى بينهما فهو بينهما) .

إذا تنازع صاحب العلو والسفل فى الدرجة التى يصعد منها ولم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل كسلم مستمر أو دكة فهى لصاحب العلو وحده، لأن له اليد والتصرف وحده لكونها مصعد صاحب العلو لا غير والعرصة التى عليها الدرجة له أيضًا لانتفاعه بها وحده، وإن كان تحتها بيت بنيت لأجله وليكون مدرجًا للعلو فهى بينهما؛ لأن يدهما عليه، ولأنها سقف للسفلانى وموطئ للفوقانى فهى كالسقف، وإن كان تحتها طباق صغيرة لم تبن الدرجة

فصل: فإن كان فى يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وسواقطها وباقيها فى يد آخر فادعاها كل واحد منهما كلها ولا بينة لواحد منهما فلكل واحد منهما ما فى يده مع يمينه، وإن أقاما بينتين وقلنا: تقدم بينة الخارج فلكل واحد منهما ما فى يد صاحبه وإن قلنا: تقدم بينة الداخل فلكل واحد منهما ما فى يده من غير يمين.

فصل: فإن كان فى يد كل واحد منهما شاة فادّعى كل واحد منهما أن الشاة التى فى يد صاحبه له ولا بينة لهما حلف كل واحد منهما لصاحبه وكانت الشاة التى فى يده له وإن أقاما بينتين فلكل واحد منهما الشاة التى فى يد صاحبه ولا تعارض بينهما، وإن كان كل واحد منهما قال: هذه الشاة التى فى يدك لى من نتاج شاتى هذه فالتعارض فى النتاج لا فى الملك إذ يستحيل أن يكون كل واحد منهما يثبت الأخرى والحكم على ما تقدم، وإن ادّعى كل واحد منهما أن الشاتين لى دون صاحبى وأقاما بينتين تعارضتا وانبنى ذلك على القول فى بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الخارج جعل لكل واحد منهما ما فى يد الآخر ومن قدم بينة الداخل أو قدمها إذا شهدت بالنتاج جعل لكل واحد منهما ما فى يده.

فصل: وإذا ادّعى زيد شاة فى يد عمرو وأقام بها بينة فحكم له بها حاكم ثم ادعاها عمرو على زيد وأقام بها بينة، فإن قلنا: بينة الخارج مقدمة لم تسمع بينة عمرو، لأن بينة زيد مقدمة عليها، وإن قلنا: بينة الداخل مقدمة نظرنا فى الحكم كيف وقع، فإن كان حكم بها

لأجله، وإنما جعل مرفقًا يجعل فيه حب الماء ونحوه فهى لصاحب العلو؛ لأنها بنيت لأجله وحده، ويحتمل أن تكون بينهما، لأن يدهما وانتفاعهما حاصل بها فهى كالسقف.

فصل: فإن تنازعا السقف الذى بينهما تحالفا وكان بينهما، وهذا مذهب الشافعى، وقال أبو حنيفة: هو لصاحب السفل؛ لأن السقف على ملكه فكان القول قوله فيه كما لو تنازعا سرجًا على دابة أحدهما كان القول قول صاحبها وحكى عن مالك أنه لصاحب السفل وحكى عنه أنه لصاحب العلو، لأنه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى إلا به.

ولنا: أنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما كالحائط بين الملكين وقولهم هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان العلو ولا يشبه السرج على الدابة؛ لأنه لا ينتفع به غير صاحبها ولا يراد إلا لهذا فكان فى يده، وهذا السقف ينتفع به كل واحد منهما؛ لأنه سماء صاحب السفل يظله وأرض صاحب العلو يقله فاستويا فيه، وإن تنازعا حوائط العلو فهى لصاحب العلو لما ذكرنا.

11- مسألة: (وإن تنازع المؤجر والمستأجر فى رف مقلوع أو مضراع له شكل منصوب فى الدار فهو لصاحبها وإلا فهو بينهما) .

وجملة ذلك أن المكترى والمكرى إذا اختلفا فى شىء فى الدار، فإن كان مما ينقل ويحول كالأثاث والأوانى والكتب فهو للمكترى؛ لأن العادة أن الإنسان يكرى داره فارغة من

لزيد، لأن عمراً لا بينة له ردت إلى عمرو، لأنه قد قامت له بينة واليد كانت له، وإن حكم بها لزيد، لأنه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه، لأنه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه، وإن كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضًا وردها الحاكم لفسقها ثم عدلت لم ينقض الحكم أيضًا، لأن الفاسق إذا ردت شهادته لفسقه ثم أعادها بعد لم تقبل، وإن لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض، لأن حكم الحاكم الأصل جريانه على العدل والإنصاف والصحة فلا ينقض بالاحتمال فإن جاء ثالث فادعاها وأقام بها بينة فبينته وبينة زيد متعارضتان ولا يحتاج زيد إلى إقامة بينته لأنها قد شهدت مرة وهما سواء فى الشهادة حال التنازع فلم يحتج إلى إعادتها كالبينة إذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حالها ثم بانت عدالتها فإنها تقبل ويحكم من غير إعادة شهادتها كذا ههنا.

فصل: وإذا كان فى يد رجل شاة فادعاها رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بينة وادّعى الذى هى فى يده أنها فى يده منذ سنتين وأقام بذلك بينة فهى للمدّعى بغير خلاف لأن بينته تشهد له بالملك وبينة الداخل تشهد باليد خاصة فلا تعارض بينهما لإمكان الجمع بينهما بأن تكون اليد على غير ملك فكانت بينة الملك أولى فإن شهدت بينة بأنها ملكه منذ سنتين فقد تعارض ترجيحان تقدم التاريخ من جهة بينة الداخل وكون الأخرى بينة الخارج ففيه روايتان:

إحداهما: تقدم بينة الخارج وهو قول أبى يوسف ومحمد وأبى ثور ويقتضيه عموم كلام الخرقى لقوله ﷺ: «البينة على المدعى» ولأن بينة الداخل يجوز أن يكون مستندها اليد فلا تفيد أكثر مما تفيده اليد أشبهت الصورة التى قبلها.

رحله وقماشه، وإن كان فى شىء مما يتبع فى البيع كالأبواب المنصوبة والخوابى المدفونة والرفوف المسمرة والسلاليم المستمرة والرحا المنصوبة وحجرها الفوقانى فهو للمكرى؛ لأنه من توابع الدار فأشبه الشجرة المغروسة فيها، وإن كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال أحمد: إذا اختلفا فى الرفوف فهى لصاحب الدار فظاهر هذا العموم فى الرفوف كلها، وقال القاضى: هى بينهما إذا تحالفا، لأنها لا تتبع فى البيع فأشبهت القماش، فهذا ظاهر يشهد للمكترى وللمكرى ظاهر يعارض هذا وهو أن المكرى يترك الرفوف فى الدار ولا ينقلها عنها، فإذا تعارض الظاهر من الجانبين استويا، وهذا مذهب الشافعى فعلى هذا إن تحالفا كانت بينهما وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهى لمن حلف وذكر شيخنا فى الكتاب المشروح أنه إن كان للرف شكل منصوب فى الدار فهو صاحب الدار مع يمينه وإن لم يكن له شكل فهو بينهما إذا تحالفا لأنه إذا كان له شكل منصوب فى الدار فالمنصوب تابع للدار فهو لصاحبها والظاهر أن أحد الرفين لمن له الآخر وكذلك إذا اختلفا فى مصرع باب مقلوع فالحكم فيه كما ذكرنا هكذا ذكره أبو الخطاب وذكره القاضى فى موضع لأن أحدهما لا يستغنى عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقانى من الرحا والمفتاح مع السكرة.

والثانية: تقدم بينة الداخل وهو قول أبى حنيفة والشافعى لأنها تضمنت زيادة فإن كانت بالعكس فشهدت بينة الداخل أنه يملكها منذ سنة وشهدت بينة الخارج أنه يملكها منذ سنتين قدمت بينة الخارج إلا على الرواية التى تقدم فيها بينة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين فى التى قبلها وظاهر مذهب الشافعى تقديم بينة الداخل على كل حال وقال بعضهم: فيها قولان، وإن ادّعى الخارج أنها ملكه منذ سنة وادّعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الداخل ذكره القاضى وهو قول أبى ثور فإن اتفق تاريخ السنين(*) إلا أن بينة الداخل تشهد بنتاج أو بشراء أو غنيمة أو إرث أو هبة من مالك أو قطيعة من الإمام أو سبب من أسباب الملك ففى أيهما تقدم روايتان ذكرناهما، وإن ادّعى أحدهما أنه اشتراها من الآخر قضى له بها، لأن بينة الابتياع شهدت بأمر حدث خفى على البينة الأخرى فقدمت عليها كتقديم بينة الجرح على بينة التعديل.

١٩٣٦- مسألة: قال: **(ولو كانت الدابة فى أيديهما فأقام أحدهما البينة أنها له وأقام الآخر البينة أنها له نتجت فى ملكه سقطت البينتان وكانا كمن لا بينة لهما وكانت اليمين لكل واحد منهما على صاحبه فى النصف المحكوم له به).**

وجملته: أنه إذا تنازع رجلان فى عين فى أيديهما فادعى كل واحد منهما أنها ملكه دون صاحبه ولم تكن لهما بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين، لا نعلم فى هذا خلافًا، لأن يد كل واحد منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن نكلا

12- مسألة: (وإن تنازعا دارًا فى أيديهما فادعاها أحدهما وادعى الآخر نصفها جعل بينهما نصفين واليمين على مدعى النصف).

نص أحمد ولا يمين على الآخر لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ولا أعلم فى هذا خلافًا إلا أنه حكى عن ابن شبرمة أن لمدعى الكل ثلاثة أرباعها لأن النصف له لا منازع له فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه.

ولنا أن مدعى النصف على ما يدعيه فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى فإن لكل واحد منهما بينة بما يدعيه فقد تعارضت بينتاهما فى النصف فيكون النصف لمدعى الكل والنصف الآخر ينبنى على الخلاف فى أى البينتين تقدم، وظاهر المذهب تقديم بينة المدعى الكل وعلى قول أبى حنيفة وصاحبيه إن كانت الدار فى يد ثالث لا يدعيها فالنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ويقرع بينهما فى النصف الآخر، فمن خرجت له القرعة حلف وكان له، وإن كان لكل واحد بينة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بينة لهما، وإن قلنا تستعمل البينتان أقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة فى أحد الوجهين والثانى يقسم بينهما النصف فيكون لمدعى الكل ثلاثة أرباعها.

(*) وفى هـ: البينتين.

جميعًا عن اليمين فهى بينهما أيضًا، لأن كل واحد منهما يستحق ما فى يد الآخر بنكوله، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له بجميعها، لأنه يستحق ما فى يده بيمينه وما فى يد صاحبه إما بنكوله وإما بيمينه التى ردت عليه عند نكول صاحبه، وإن كانت لأحدهما بينة دون الآخر حكم له بها لا نعلم فى هذا خلافًا، وإن أقام كل واحد منهما بينة وتساوتا تعارضت البينتان وقسمت العين بينهما نصفين، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لما روى أبو موسى ﷺ: أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فى بعير فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى رسول الله ﷺ بالبعير بينهما نصفين رواه أبو داود(٧)، ولأن كل واحد منهما داخل فى نصف العين خارج عن نصفها فتقدم بينة كل واحد منهما فيما فى يده عند من يقدم بينة الداخل وفيما فى يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين.

وذكر أبو الخطاب فيها رواية أخرى: أنه يقرع بينهما فمن خرجت قرعته حلف أنها لا حق للآخر فيها وكانت العين له كما لو كانت فى يد غيرهما والأول أصح للخبر والمعنى اختلفت الرواية هل يحلف كل منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ فروى أنه يحلف وهذا ذكره الخرقى، لأن البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب إسقاطها كالخبرين إذا تعارضا وتساويا وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وهذا أحد قولى الشافعى بناء على أن اليمين تجب على الداخل مع بينته وكل واحد منهما داخل فى نصفها فيحكم له به ببينته ويحلف معها فى أحد القولين، والرواية الأخرى: أن العين تقسم بينهما من غير يمين وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى وهو أصح للخبر والمعنى الذى ذكرناه ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين، لأن كل بينة راجحة فى نصف العين على كل واحد من القولين، وقد ذكرنا أن البينة الراجحة يحكم بها من غير حاجة إلى يمين فأما إن شهدت إحدى البينتين بأن العين لهذا وشهدت الأخرى أنها لهذا الآخر نتجت فى ملكه فقد ذكرنا فى الترجيح بهذا روايتين: **إحداهما:** لا يرجح به وهو اختيار الخرقى، لأنهما تساويا فيما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما فى الحكم، **والثانية:** تقدم بينة النتاج وما فى معناه وهو مذهب أبى حنيفة لأنها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والأخرى خفى عليها ذلك فيحتمل أن تكون شهادتهما مستندة إلى مجرد اليد والتصرف فتقدم الأولى عليها كتقدم بينة الجرح على التعديل وهذا قول القاضى فيما إذا كانت العين فى يد غيرهما.

فصل: فإن شهدت إحداهما أنها له منذ سنة وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين فظاهر كلام الخرقى التسوية بينهما وهو أحد قولى الشافعى وقال القاضى: قياس المذهب تقديم

---

(٧) أخرجه أبو داود فى «الأقضية» (٣/ ٣٦١٣) والنسائى فى «أدب القضاء» (٨/ ح٥٤٣٩) وابن ماجه فى «الأحكام» (٢/ ح٢٣٣٠) والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ٢٥٤) وإسناده ضعيف، وانظر الإرواء (٢٦٥٦).

أقدمهما تاريخًا وهو قول أبى حنيفة والقول الثانى للشافعى، لأن المتقدمة التاريخ أثبتت الملك له فى وقت لم تعارضه فيه البينة الأخرى فيثبت الملك فيه ولهذا له المطالبة بالنماء فى ذلك الزمان وتعارضت البينتان فى الملك فى الحال فسقطتا وبقى ملك السابق تجب استدامته وأن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهته، ووجه قول الخرقى أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز أن يعلم به دون الأول ولهذا لو ذكر أنه اشتراه من الآخر أو وهبه له لقدمت بينته اتفاقًا فإذا لم يرجح بهذا فلا أقل من التساوى، وقولهم: إنه يثبت الملك فى الزمن الماضى من غير معارضة، قلنا: إنما يثبت تبعًا لثبوته فى الحال ولو انفرد بأن يدّعى الملك فى الماضى لم تسمع دعواه ولا بينته فإن وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى فهما سواء ذكره القاضى وقال أبو الخطاب: يحتمل أن يحكم به لمن لم يوقت وهو قول أبى يوسف ومحمد.

ولنا: أنه ليس فى إحداهما ما يقتضى الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواؤهما كما لو أطلقتا أو استوى تاريخهما.

فصل: ولا ترجح إحدى البينتين بكثرة العدد ولا اشتهار العدالة، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ويتخرج أن ترجح بذلك مأخوذًا من قول الخرقى ويتبع الأعمى أوثقهما فى نفسه، وهذا قول مالك لأن أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة لأنها خبر ولأن الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به وإذا كثر العدد أو قويت العدالة كان الظن به أقوى وقال الأوزاعى يقسم على عدد الشهود فإذا شهد لأحدهما شاهدان وللآخر أربعة قسمت العين بينهما أثلاثًا، لأن الشهادة سبب الاستحقاق فيوزع الحق عليها.

ولنا: أن الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية وتخالف الخبر فإنه مجتهد فى قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقًا بهما دون اعتبار الظن، ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهن وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكرين؟ وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين فى المال، لأن كل واحدة من البينتين حجة فى المال فإذا اجتمعتا تعارضتا فأما إن كان لأحدهما شاهدان وللآخر شاهد فبذل يمينه معه، ففيه وجهان: **أحدهما:** يتعارضان لأن كل واحد منهما حجة بمفرده فأشبها الرجلين مع الرجل والمرأتين، **والثانى:** يقدم الشاهدان لنفسه لأنهما حجة متفق عليها والشاهد واليمين مختلف فيهما ولأن اليمين قوله لنفسه والبينة الكاملة شهادة الأجنبيين فيجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر وهذا الوجه أصح إن شاء الله وللشافعى قولان كالوجهين.

فصل: وإذا كان فى أيديهما دار فادعاها أحدهما كلها وادّعى الآخر نصفها ولا بينة لهما فهى بينهما نصفين، نص عليه أحمد وعلى مدعى النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على الآخر، لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ولا نعلم فى هذا خلافًا إلا أنه حكى عن

ابن شبرمة أن لمدعى الكل ثلاثة أرباعها، لأن النصف له لا منازع فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه.

ولنا: أن يد مدّعى النصف على ما يدّعيه فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى فإن كان لكل واحد منهما بينة بما يدّعيه فقد تعارضت بينتاهما فالنصف لمدعى الكل والنصف الآخر ينبنى على الخلاف فى أى البينتين تقدم وظاهر المذهب تقديم بينة المدعى فتكون الدار كلها لمدعى الكل وهو قول أبى حنيفة وصاحبيه فإن كانت الدار فى يد ثالث لا يدّعيها فالنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ويقرع بينهما فى النصف الآخر فمن خرجت له القرعة حلف وكان له وإن كان لكل واحد بينة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بينة لهما، وإن قلنا: تستعمل البينتان أقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة فى أحد الوجهين.

والثانى: يقسم النصف المختلف فيه بينهما فيصير لمدعى الكل ثلاثة أرباعها.

فصل: فإن كانت الدار فى يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الآخر سدسها فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم وليس ههنا اختلاف ولا تجاحد فإن ادعى كل واحد منهم أن باقى الدار وديعة أو عارية معى وكانت لكل واحد منهم بما ادّعاه من الملك بينة قضى له به لأن بينته تشهد له بما ادّعاه ولا معارض لها، وإن لم تكن لواحد منهما بينة حلف كل واحد منهم وأقر فى يده ثلثها.

فصل: فإن ادعى أحدهم جميعها وادعى الآخر نصفها والآخر ثلثها، فإن لم تكن لواحد منهم بينة قسمت بينهم أثلاثًا وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به، لأن يد كل واحد منهم على ثلثها وإن كان لأحدهم بينة نظرت، فإن كانت لمدعى الجميع فهى له، وإن كانت لمدعى النصف أخذه والباقى بين الآخرين نصفين لمدعى الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ويحلف الآخر على الربع الذى يأخذه جميعه، فإن كانت البينة

فصل: فإن كانت دار فى يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الثالث سدسها فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم وليس ههنا اختلاف ولا تجاحد، وإن ادعى كل واحد منهم أن بقية الدار وديعة أو عارية كانت لكل واحد منهما بما ادعاه من الملك بينة قضى له بها لأن بينته تشهد بما ادعاه ولا معارض لها وإن لم تكن لواحد منهم حلف كل واحد منهم وأقر فى يده ثلثها.

فصل: فإن ادعى أحدهم جميعها والآخر نصفها والآخر ثلثها فإن لم يكن لواحد منهم بينة قسمت بينهم أثلاثًا، وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به، لأن يد كل واحد منهم على ثلثها، وإن كانت لأحدهم بينة نظرت، فإن كانت لمدعى الجميع فهى له، وإن كانت لمدعى النصف أخذه والباقى بين الآخرين نصفين لصاحب الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ويحلف الآخر على الربع الذى يأخذه جميعه، وإن كانت البينة

لمدعى الثلث أخذه والباقى بين الآخرين لمدعى الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه وإن كانت لكل واحد بما يدّعيه بينة، فإن قلنا: تقدم بينة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثًا، لأن يد كل واحد منهم على الثلث وإن قلنا: تقدم بينة الخارج فينبغى أن تسقط بينة صاحب الثلث، لأنها داخلة ولمدعى النصف السدس، لأن بينته خارجة فيه ولمدعى الكل خمسة أسداس، لأن له السدس بغير بينة لكونه لا منازع له فيه فإن أحدًا لا يدّعيه وله الثلثان لكون بينته خارجة عنهما، وقيل: بل لمدعى الثلث السدس، لأن بينة مدعى الكل ومدعى النصف تعارضتا فيه فتساقطتا وبقى لمن هو فى يده، ولا شىء لمدعى النصف لعدم ذلك فيه وسواء كان لمدعى الثلث بينة أو لم تكن، وإن كانت العين فى يد غيرهم واعترف أنه لا يملكها ولا بينة لهم فالنصف لمدعى الكل، لأنه ليس منهم من يدعيه ويقرع بينهم فى النصف الباقى فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو لصاحب النصف حلف وأخذه، وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين فى السدس فمن قرع صاحبه حلف وأخذه.

وإن أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه فالنصف لمدعى الكل لما ذكرنا والسدس الزائد يتنازعه مدعى الكل ومدعى النصف والثلث يدّعيه الثلاثة وقد تعارضت البينات فيه، فإن قلنا: تسقط البينات أقرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه، فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بينة، وهذا قول أبى عبيد وقول الشافعى إذ كان بالعراق.

لمدعى الثلث أخذه والباقى بين الآخرين لمدعى الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه وإن كانت لكل واحد بما يدعيه بينة، فإن قلنا: تقدم بينة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثًا، لأن يد كل واحد منهم على الثلث، وإن قلنا تقدم بينة الخارج فينبغى أن تسقط بينة صاحب الثلث، لأنها داخلة ولمدعى النصف السدس؛ لأن بينته خارجة فيه، ولمدعى الكل خمسة أسداس، لأن له السدس بغير بينة لكونه لا منازع له فيه لأن أحدًا لا يدعيه، وله الثلثان لكون بينته خارجة فيهما، وقيل: بل لمدعى الثلث السدس لأن بينته تدعى الكل وتدعى النصف تعارضتا فيه وتساقطتا وبقى لمن هو فى يده، ولا شىء لمدعى النصف لعدم ذلك فيه وسواء كان لمدعى الثلث بينة أو لم تكن، وإن كانت العين فى يد غيرهم واعترف أنه لا يملكها ولا بينة لهم فالنصف لمدعى الكل لأنه ليس منهم من يدعيه ويقرع بينهم فى النصف الباقى، فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو صاحب النصف حلف وأخذه، وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين فى السدس فمن قرع صاحبه حلف وأخذه.

وإن أقام كل واحد منهم بينة بها ادعاه فالنصف لمدعى الكل لما ذكرنا والسدس الزائد يتنازعه مدعى الكل ومدعى النصف والثلث يدعيه الثلاثة، وقد تعارضت البينات فيه فإن قلنا: تسقط البينات قرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون

وعلى الرواية التى نقول: إذا تعارضت البينات قسمت العين بين المتداعين فلمدعى الكل النصف ونصف السدس الزائد عن الثلث وثلث الثلث، ولمدعى النصف نصف السدس وثلث الثلث ولمدعى الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج المسألة من ستة وثلاثين سهمًا لمدعى الكل النصف ثمانية عشر سهمًا ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهمًا ولصاحب النصف سبعة ولمدعى الثلث أربعة وهو التسع، وهذا قياس قول قتادة والحارث العكلى وابن شبرمة وحماد وأبى حنيفة وهو قول للشافعى، وقال أبو ثور: يأخذ مدعى الكل النصف ويوقف الباقى حتى يتبين، ويروى هذا عن مالك وهو قول للشافعى، وقال ابن أبى ليلى وقوم من أهل العراق تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض لصاحب الكل ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان فتصح من أحد عشر سهمًا.

وسئل سهل بن عبد الله بن أبى أوس عن ثلاثة ادعوا كيسًا وهو بأيديهم ولا بينة لهم وحلف كل واحد منهم على ما ادعاه، ادعى أحدهم جميعه، وادّعى آخر ثلثيه، وادّعى آخر نصفه فأجاب فيهم بشعر يقول:

نظرت أبا يعقوب فى الحسب التى ... طرت فأقامت منهم كل قاعد
فللمدعى الثلثين ثلث وللذى ... استلاط جميع المال عند التحاشد

الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بينة، وهذا قول أبى عبيد وقول الشافعى إذ كان بالعراق، وعلى الرواية التى تقول: إذا تعارضت البينتان قسمت العين بين المتداعيين فلمدعى الكل النصف ونصف السدس الزائد وثلث الثلث ولمدعى النصف نصف السدس وثلث الثلث ولمدعى الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج المسألة من ستة وثلاثين لمدعى الكل النصف ثمانية عشر ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهمًا ولصاحب النصف سبعة ولمدعى الثلث أربعة وهو التسع وهذا قياس قول قتادة والحارث العكلى وابن شبرمة وحماد وأبى حنيفة وهو قول الشافعى وقال أبو ثور: يأخذ مدعى الكل النصف ويوقف الباقى حتى يتبين، وروى هذا عن مالك وهو قول الشافعى، وقال ابن أبى ليلى وقوم من أهل العراق: تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض لصاحب الكل ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان فصح من أحد عشر سهمًا.

وسئل سهل بن عبد الله بن أويس عن ثلاثة ادعوا كيسًا وهو بأيديهم ولا بينة لهم وحلف كل واحد منهم على ما ادعاه ادعى أحدهم جميعه وادعى الآخر ثلثيه وادعى آخر نصفه فأجاب فيها بشعر.

نظرت أبا يعقوب فى الحسب التى ... طرت فأقامت منهم كل قاعد
فللمدعى الثلثين ثلث وللذى ... استلاط جميع المال عند التحاشد

من المـال نصف غـيـر مـا سـينوبه وحـصـتـه من نصف ذا المـال زائد
وللمـدعى نصـفًـا من المـال ربعـه ويؤخذ نصف السدس من كل واحد

وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العـول فكأن المسألة عالت من ستة إلى ثلاثة عشر، وذلـك أنه أخذ مخرج الكسـور وهى ستة فجـعلها لمدعى الكل وثلثاها أربعـة لمدعى الثلثين ونصفها ثلاثة لمدعى النصف صارت ثلاثة عشر.

فـصـل: فإن كانت الدار فى أيدى أربعة فـادعى أحدهم جميعها والثانى ثلثـيها والثالث نصفهـا والرابع ثلثها ولا بينة لهم حلف لهم كل واحـد وله ربعها، لأنها فى يده فـالقول قول صاحب اليد مع يمينه، وإن أقام كل واحد منهم بما ادّعاه بينة قسمت بينهم أرباعًا أيضًا، لأننا إن قلنا: تقدم بينة الداخل فكل واحـد منهم داخل فى ربعها فتـقدم بينته فيـه، وإن قلنا: تقدم بينة الخارج، فإن الرجليـن إذا ادعيا عينًا فى يد غيـرهما فأنكرهما وأقام كل واحـد منهما بينة بدعواه تعارضتا وأقر الشىء فى يد من هو فى يده وإن كانت الدار فى يد خامس لا يدّعيها ولا بينة لواحـد منهم بما ادعـاه فالثلث لمـدّعى الكل، لأن أحدًا لا ينازعـه فيه ويقـرع بينهم فى الباقى، فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو لمدعى الثلثين أخذه، وإن وقعت لمدعى النصف أخذه وأقرع بين الباقين فى الباقى وإن وقعت لصاحب الثلث أخذه وأقرع بين الثلاثة فى الثلث الباقى، وهذا قول أبى عبيد والشافعى إذ كان بالـعراق إلا أنهم عبروا عنه بعبارة أخرى فقالوا:

من المـال نصف غـيـر مـا سـينوبه وحـصـتـه من نصف ذا المـال زائد
وللمـدعى نصـفًـا من المـال ربعـه ويؤخذ نصف السدس من كل واحد

وهذا قول من قـسم المال بينهم على حسب العـول فكأن المسألة عالت إلى ثلاثة عـشر وذلك أنه أخذ مـخارج الكسور وهى سـتـة فجعلها لمـدعى الكل وثلثها أربعة لمـدعى الثلثين ونصفها ثلاثة لمدعى النصف صارت ثلاثة عشر.

فصل: فإن كانت الدار فى أيد أربعه فادعى أحدهم: جميعها، والثانى: ثلثيها، والثالث: نصفها، والرابع: ثلثها ولا بينة لهم حلـف كل واحد منهم وله ربعها لأنه فى يده والقول قول صاحب اليد مع يمـينه، وإن أقام كل واحد منهم بما ادعاه بينة قسـمت بينهم أرباعًا أيضًا لأننا إن قلنا: تقدم بينة الداخل فكل واحـد منهم داخل فى ربعها فتـقدم بينته فيـه، وإن قلنا: تقدم بينة الخارج فـإن الرجلين إذا ادعيا عيـبًا فى يد غيرهما فـأنكرهما وأقام كل واحد منهـما بينة بدعواه تعارضـتا وأقر الشىء فى يد من هو فى يده، وإن كانت الدار فى يد خامس لا يدعـيها ولا بينة لواحد منهم بمـا ادعاه فالثلث لمـدعى الكل لأن أحدًا لا ينازعه فيـه ويقرع بينهم فى الباقى، فإن خرجـت القرعة لصاحب الكل أو مدعى الثلثين أخـذه وإن وقعت لمدعى النصف أخذه وأقرع بين الباقين فى الباقى فإن وقعت لصاحب الثلث أخذه وأقرع بين الثلاثة فى الثلث الباقى وهذا قـول أبى عبيد والشافـعى إذ كان بالعراق إلا أنهم عـبروا عنه بعبارة أخـرى فقالوا

لمدّعى الكل الثلث ويقرع بينه وبين مدّعى الثلثين فى السدس الزائد عن النصف ثم يقرع بينهما وبين مدّعى النصف فى السدس الزائد عن الثلث ثم يقرع بين الأربعة فى الثلث الباقى ويكون الإقراع فى ثلاثة مواضع، وعلى الرواية الأخرى الثلث لمدعى الكل ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعى الثلثين ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعى النصف أثلاثًا ثم يقسم الثلث الباقى بين الأربعة أرباعًا وتصح المسألة من ستة وثلاثين سهمًا لصاحب الكل ثلثها اثنا عشر ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة وثلث السدس الزائد عن الثلث سهمان وربع الثلث الباقى ثلاثة فيحصل له عشرون سهمًا وهى خمسة أتساع الدار ولمدعى الثلثين ثمانية أسهم تسعان وهى مثل ما لمدعى الكل بعد الثلث الذى انفرد به ولمدعى النصف خمسة أسهم تسع وربع تسع ولمدعى الثلث ثلاثة نصف السدس، وعلى قول من قسمها على العول هى من خمسة عشر لصاحب الكل ستة ولصاحب الثلثين أربعة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان، وعلى قول أبى ثور لصاحب الكل الثلث ويوقف الباقى حتى يتبين.

١٩٣٧- **مسألة:** قال: **(ولو كانت الدابة فى يد غيرهما واعترف أنه لا يملكها، وأنها لأحدهما لا يعرفه عينًا قرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه).**

وجملته: أن الرجلين إذا تداعيا عينًا فى يد غيرهما ولا بينة لهما فأنكرهما فالقول قوله مع

لمدعى الكل الثلث ويقرع بينه وبين مدعى النصف فى السدس الزائد عن الثلث ثم يقرع بين الأربعة فى الثلث الباقى ويكون الأقراع فى ثلاثة مواضع، على الرواية الأخرى الثلث لمدعى الكل ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعى الثلثين ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعى النصف أثلاثًا ثم يقسم الثلث الباقى بين الأربعة أرباعًا وتصح المسألة من ستة وثلاثين سهمًا لصاحب الكل ثلثها اثنا عشر ونصف السدس الزائد عن النصف عشرون سهمًا وذلك خمسة أتساع الدار، ولمدعى الثلثين ثمانية أسهم تسعان وهى مثل ما لمدعى الكل بعد الثلث الذى انفرد به ولمدعى النصف خمسة أسهم تسع وربع تسع، ولمدعى الثلث ثلاثة نصف سدس وعلى قول من قسمها على العول من خمسة عشر لصاحب الكل ستة ولصاحب الثلثين أربعة ولصاحب الثلث سهمان ولصاحب النصف ثلاثة وعلى قول أبى ثور لصاحب الكل الثلث ويوقف الباقى.

13- **مسألة: (وإن تنازع الزوجان أو ورثتهما فى قماش البيت فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان يصلح للنساء فهو للمرأة وما كان يصلح لهما فهو بينهما).**

إذا اختلف الزوجان فى قماش البيت أو فى بعضه فقال كل واحد منهما جميعه لى أو قال كل واحد منهما: هذه العين لى وكانت لأحدهما بينة ثبت له بلا خلاف، وإن لم تكن لواحد منهما بينة فالمنصوص عن أحمد أن ما يصلح للرجال من العمائم وقمصانهم وجبابهم والأقبية

يمينه بغير خلاف نعلمه وإن اعترف أنه لا يملكها، وقال: لا أعرف صاحبها، أو قال: هى لأحدكما لا أعرفه عينًا أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف أنها له وسلمت إليه، لما روى أبو هريرة «أن رجلين تداعيا عينًا لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهما النبى ﷺ أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها، رواه أبو داود[٨]، ولأنهما تساويا فى الدعوى ولا بينة لواحد منهما ولا يد والقرعة تميز عند التساوى كما لو أعتق عبيدًا لا مال له غيرهم فى مرض موته، وأما إن كانت لأحدهما بينة حكم بها بغير خلاف نعلمه وإن كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب.

إحداهما: تسقط البينتان ويقترع المدعيان على اليمين كما لو لم تكن بينة وهذا الذى ذكره القاضى وهو ظاهر كلام الخرقى، لأنه ذكر القرعة ولم يفرق بين أن تكون معهما بينة أو لم تكن، وروى هذا عن ابن عمر وابن الزبير[٩]، وبه قال إسحاق وأبو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قولى الشافعى، وذلك لما روى ابن المسيب: أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فى أمر وجاء كل منهما بشهود عدول على عدة واحدة فأسهم النبى ﷺ بينهما، رواه الشافعى فى مسنده[١٠]، ولأن البينتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لإحداهما على الأخرى فسقطتا كالخبرين.

والطيالسة والسلاح وأشباه ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه وما يصلح للنساء كحليهم وقمصهن ومقانعهن ومغازلهن، فالقول قول المرأة مع يمينها وما يصلح لهما كالمفارش والأوانى فهو بينهما وسواء كان فى أيديهما من طريق الحكم أو من طريق المشاهدة وسواء اختلفوا فى حال الزوجية أو بعد البينونة وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر.

قال أحمد فى رواية الجماعة منهم يعقوب بن يختان فى الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعى المرأة المتاع: فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء وما استقام أن يكون للرجال وللنساء فهو بينهما، فإن كان المتاع على يدى غيرهما فمن أقام البينة دفع إليه، وإن لم تكن لهما بينة أقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع، وقال فى رواية مهنا، وكذلك إن اختلفا وأحدهما مملوك، وبهذا قال الثورى وابن أبى ليلى، لأن أيديهما جميعًا على قماش البيت بدليل ما لو نازعهما فيه أجنبى كان القول قولهما وقد

---

(٨) أخرجه أبو داود فى «الأقضية» (٣/ ح٣٦١٦) وابن ماجه فى «الأحكام» (٢/ ح٢٣٢٩، ٢٣٤٦) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٤٨٩، ٥٢٤) وإسناده صحيح.

(٩) أخرجه ابن أبى شيبة فى كتاب «البيوع» (٦/ ٣٩٧).

(١٠) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٢٥٩) وقال: أخرجه أبو داود فى المراسيل عن قتيبة عن الليث، وأخرجه أبو داود فى«المراسيل» (ص٢٨٨/ ٢٩٨).

والرواية الثانية: تستعمل البينتان وفى كيفية استعمالهما روايتان: **إحداهما**: تقسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلى وقتادة وابن شبرمة وحماد وأبى حنيفة وقول الشافعى، لما روى أبو موسى «أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فى بعير وأقام كل واحد منهما البينة أنه له فقضى رسول الله ﷺ به بينهما نصفين(١١)، ولأنهما تساويا فى دعواه فيتساويان فى قسمته.

والرواية الثانية: تقدم إحداهما بالقرعة وهو قول الشافعى وله قول رابع يوقف الأمر حتى يتبين وهو قول أبى ثور، لأنه اشتبه الأمر فوجب التوقف كالحاكم إذا لم يتضح له الحكم فى قضيته.

يرجح أحدهما على صاحبه يدًا وتصرفًا فيجب تقديمه كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر آخذ بزمامهما أو قميصًا أحدهما لابسه والآخر آخذ بكمه أو جدارًا متصلاً بجداريهما معقودًا ببناء أحدهما.

14- مسألة: (وإن اختلف صانعان فى قماش دكان لهما حكم بآلة كل صناعة لصاحبها فى ظاهر كلام أحمد والخرقى).

لما ذكرنا فيما إذا اختلف الزوجان فى قماش البيت فآلة العطار له وآلة النجارين للنجار، فإن لم يكونا فى دكان واحد ولكن اختلفا فى عين لم يرجح أحدهما بصلاحية العين المختلف له فيها كما يذكر فى مسألة الزوجين بعد، وقال القاضى: هذا إنما هو إذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم أما ما كان فى يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه، وإن كان فى أيديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما أو لأحدهما، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد ابن الحسن إلا أنهما قالا: ما يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه، وإذا اختلف أحدهما وورثه الآخر فالقول قول الباقى، لأن اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكمية بدليل ما لو تنازع الخياط وصاحب الدار فى الإبرة والمقص كانت للخياط وقال أبو يوسف: القول قول المرأة فيما جرت العادة أنه قدر جهاز مثلها، وقال مالك: ما صلح لكل واحد منهما فهو له وما صلح لهما كان للرجل سواء كان فى أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم، لأن البيت للرجل ويده عليه أقوى، لأن عليه السكنى وقال الشافعى وزفر والبتى: ما كان فى البيت فهو لهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه، وروى ذلك عن عبد الله بن مسعود ﷺ، لأنهما تساويا فى ثبوت يدهما على المدعى وعدم البينة فلم يقدم أحدهما على صاحبه كالذى يصلح لهما أو كما لو كان فى يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك.

ولنا: أن يديهما جميعًا على متاع البيت بدليل ما لو نازعهما فيه أجنبى كان القول قولهما

---

(١١) تقدم برقم (٧).

ولنا: الخبران وأن تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كالخبرين بل إذا تعذر الترجيح أسقطناهما ورجعنا إلى دليل غيرهما، إذا ثبت هذا فإننا إذا قلنا: إن البينتين تسقطان أقرع بينهما فمن خرجت له قرعته حلف وأخذها كما لو لم تكن لهما بينة، وإن قلنا: يعمل بالبينتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين وهذا قول الشافعى، لأن البينة تغنى عن اليمين، وقال أبو الخطاب: عليه اليمين مع البينة ترجيحًا لها، وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالأولى فى هذا الحكم، وإنما يظهر الفرق بينهما فى شىء آخر سنذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: فإن أنكرهما من العين فى يده وكانت لأحدهما بينة حكم له بها، وإن أقام كل واحد منهما بينة، فإن قلنا: تستعمل البينتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى القسمة أو تدفع إلى من تخرج له القرعة على قول من يرى ذلك، وإن قلنا تسقط البينتان حلف صاحب اليد وأقرت فى يده كما لو لم تكن لهما بينة، وإن أقر بها بعد ذلك لهما أو لأحدهما قبل إقراره وإن أقر بها فى الابتداء لأحدهما صار المقر له صاحب اليد، لأن من هى فى يده مقر بأن يده نائبة عن يده، وإن أقر لهما جميعًا فاليد لكل واحد منهما فى الجزء الذى أقر له به لذلك.

وقد يرجح أحدهما على صاحبه يدًا وتصرفًا فيجب أن يقدم كما لو تنازعا دابة، أحدهما راكبها والآخر آخذ بزمامها أو جدارًا متصلاً بداريهما معقودًا ببناء أحدهما أو له أزج.

ولنا: على أبى حنيفة والقاضى أنهما تنازعا فيما فى أيديهما أشبه إذا كان فى اليد الحكمية، فأما ما كان يصلح لهما فإنه فى أيديهما ولا مزية لأحدهما على صاحبه أشبه إذا كان فى أيديهما من جهة المشاهدة والدلالة على أنه ليس للباقى منهما أن وارث الميت قائم مقامه أشبه ما لو جعل أحدهما لنفسه وكيلاً.

فصل: فأما إذا لم تكن لأحدهما يد حكمية بل تنازع رجل امرأة فى عين غير قماش بينهما فلا يرجح أحدهما بصلاحية ذلك له بل إن كانت فى أيديهما فهى بينهما وإن كانت فى يد أحدهما فهى له، وإن كانت فى يد غيرهما اقترعا عليها فمن خرجت له القرعة فهى له واليمين على من حكمنا له بها فى كل المواضع، لأنه ليس لهما يد حكمية فأشبها سائر المختلفين.

15- **مسألة: (وكل من قلنا: هو له فهو له مع يمينه إذا لم تكن بينة)** لاحتمال ما ادعاه خصمه.

16- **مسألة: (وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها)**.

وجملة ذلك أن البينة إذا كانت للمدعى وحده وكانت العين فى يد المدعى عليه حكم باليمين للمدعى بغير خلاف ولم يحلف وهو قول أهل الفتيا من أهل الأمصار منهم الزهرى

فـــصل: وإن تداعيا عينًا فى يد غـيرهما فقال: هى لأحدكما لا أعـرفه عينًا أو قال: لا أعرف صاحبها أهو أحدكما أو غيركما أو قال: أودعنيها أحدكما أو رجل لا أعرفه عينًا فادّعى كل واحد منهما أنك تعلم أنى صاحبـها أو أنى الذى أودعتكها أو طلبت يمينه لزمه أن يحلف له، لأنه لو أقر له لزمـه تسليمهـا إليه، ومن لزمه الحق مع الإقـرار لزمته اليـمين مع الإنكار ويحلف على ما ادعـاه من نفى العلم وإن صدقاه فلا يمـين عليه، وإن صدقه أحـدهما حلف للآخر، وإن أقر بها لواحـد منهما أو غيرهما صـار المقر له صاحب اليد، فإن قال غـير المقر له: احلف لى أن العين ليست مـلكى أو أنى لست الذى أودعتكها لزمه اليمـين على ما ادّعاه من ذلك لما ذكرنا، وإن نكل عن اليمين قضى عليه بقيمتها، وإن اعترف بها لهما كان الحكم فيها كـما لو كانت فى أيديهما ابتـداء وعليه اليمين لكل واحد منهـما فى النصف المحكوم به لصاحبه، وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه فى النصف المحكوم له به.

والثورى وأبو حنيفة ومالك والشافعى، وقال شـريح وعون بن عبد الله والنخعى والشعبى وابن أبى ليلى: يستحلف الرجل مع بينتـه، قال شريح: لو أثبت كذا وكذا شهـداء عندى ما قضيت لك حتى تحلف.

ولنا: قول النبى ﷺ: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» ولأن البينة أحد حجتى الدعـوى فيكتفى بها كـاليمين إذا ثبت ذلك، فقـال أصحابنا: بين الحـاضر والغائب، والحى والميت والعاقل والمجنون والصغير والكبيـر، وقال الشافعى: إذا كان المشهود عليه لا يعبر عن نفـسه أحلف المشهـود له، لأنه لا يعبر عن نفســه فى دعوى القضاء والإبراء فـيقوم الحاكم مقامه فى ذلك لنزول الشـبهة، قال شيخنا: وهذا حسن فإن قيـام البينة للمدعى بثبوت حقه لا ينفى احتمال القضاء والإبراء بدليل أن المـدعى عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته فإذا كان حاضرًا مكلفًا فسكوته عن الدعوى دليل على انتفائه فيكتفى بالبينة، فإن كان غائبًا أو ممن لا قول له بقى احـتمال ذلك من غيـر دليل يدل على انتفائه فتـشرع اليمين لنفـيه وإن لم تكن للمـدعى بينة وكانت للمنـكر بينة سمـعت بينته ولم يـحتج إلى الحلف مـعهـا، لأنا إن قلنا بتقديمها مع التعارض وأنه لا يحلف معها فمع إفرادها أولى، وإن قلنا بتقديم بينة المدعى عليه فيجب أن يكتفى بها عن اليمين، لأنها أقوى من اليمـين فإذا اكتفى باليمين فبما هو أقوى منها أولى، ويحتمل أن تشـرع أيضًا، لأن البينة ههنا يحتـمل أن يكون مستندها اليد والتـصرف فلا تفيد إلا ما أفادته اليد، والتصرف لا يغنى عن اليمين فكذلك ما قام مقامه.

17- مسـألة: (وإن كان لكل واحد منهما بينة حكم بها للمدعى فى ظاهر المذهب، وعنه إن شهدت بينة المدعى عـليه أنها له نتجت فى ملكه أو قطيعة من الإمـام قدمت بينته وإلا فهى للمدعى بـبينته، وقـال القاضى فـيهمـا: إذا لم يكن مع بينة الداخل ترجيح لم يحـكم بها رواية واحدة، وقال أبو الخطاب: فيه رواية أخرى أنها مقدمة بكل حال).

فصل: وإذا كان فى يد رجل دار فادعاها نفسان، قال أحدهما: آجرتكها، وقال الآخر: هى دارى أعرتكها، أو قال: هى دارى ورثتها من أبى، أو قال: هى دارى، ولم يذكر شيئًا آخر فأنكرهما صاحب اليد، وقال: هى دارى فالقول قوله مع يمينه، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها، وإن أقام كل واحد منهما بما ادّعاه بينة تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى إلا على الرواية التى تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب فإن بينة من ادّعى أنه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب، وإن أقام أحدهما بينة أنه غصبها منه وأقام الآخر بينة أنه أقر له بها فهى للمغصوب منه ولا تعارض بينهما، لأن الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا وأقر بها لغيره وإقرار الغاصب باطل، وهذا مذهب الشافعى فتدفع إلى المغصوب منه ولا يغرم للمقر له شيئًا، لأنه ما حال بينه وبينها، وإنما حالت البينة بينهما ولو أقر بها لأحدهما أو أقر أنه غصبها من غيره لزمه تسليمها إلى من أقر له بها أولاً ولزمه غرامتها للآخر، لأنه حال بينه وبينها بإقراره الأول.

وجملة ذلك أن من ادعى عينًا فى يد غيره فأنكره وأقام كل واحدة منهما بينة حكم بها للمدعى ببينته وتسمى بينة الخارج وبينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل، وقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما إذا تعارضتا فالمشهور عنه تقديم بينة المدعى ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال وهذا اختيار الخرقى وهو قول إسحاق، وعنه رواية ثانية إن شهدت بينة الداخل بسبب الملك فقالت: نتجت فى ملكه أو اشتراها أو نسجها أو كانت بينته أقدم تاريخًا قدمت وإلا قدمت بينة المدعى وهو قول أبى حنيفة وأبى ثور فى النتاج والنساج فيما لا يتكرر نسجه، وأما ما يتكرر نسجه كالخزِّ والصوف فلا تسمع بينته، لأنها إذا شهدت بالسبب فقد أفادت ما لا تفيده اليد، وقد روى جابر بن عبد الله أن النبى ﷺ اختصم إليه رجلان فى دابة أو بعير فأقام كل واحد منهما البينة أنه أنتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذى هى فى يده، وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة أن بينة المدعى عليه تقدم بكل حال وهو قول شريح والشعبى والحكم والشافعى وأبى عبيد، وقال: هو قول أهل المدينة وأهل الشام، وروى ذلك عن طاوس، وأنكر القاضى كون هذا رواية عن أحمد، وقال: لا تقدم بينة الداخل إذا لم تفد إلا ما أفادته يده رواية واحدة، واحتج من ذهب إلى تقديم بينة المدعى عليه بأن جنبته أقوى، لأن الأصل معه ويمينه تقدم على يمين المدعى فإذا تعارضت البينتان وجب إبقاء يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما وحديث جابر يدل على هذا، فإنه إنما قدم بينته ليده.

ولنا: قول النبى ﷺ: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» فجعل جنس البينة من جنبة المدعى فلا يبقى فى جنبة المدعى عليه بينة، ولأن بينة المدعى أكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح والتعديل ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئًا لم يكن وبينة المنكر إنما تثبت ظاهرًا تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة، ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون

فصل: نقل ابن منصور عن أحمد فى رجل أخذ من رجلين ثوبين أحدهما بعشرة والآخر بعشرين ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من ثوب هذا فادّعى أحدهما ثوبًا من هذين الثوبين يعنى وادعاه الآخر يقرع بينهما فأيهما أصابته القرعة حلف، وكان الثوب الجيد له والآخر للآخر، وإنما قال ذلك، لأنهما تنازعا عينًا فى يد غيرهما.

فصل: إذا تداعيا عينًا فقال كل واحد منهما: هذه العين لى اشتريتها من زيد بمائة ونقدته إياها ولا بينة لواحد منهما، فإن أنكرهما زيد حلف وكانت العين له، وإن أقر بها لأحدهما سلمها إليه وحلف الآخر، وإن أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت إليهما وحلف لكل واحد منهما على نصفها، وإن قال: لا أعلم لمن هى منكما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها، وإن حلف البائع أنها له ثم أقر بها لأحدهما سلمت إليه، ثم إن أقر بها للآخر لزمته غرامتها له، وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة نظرنا، فإن كانت البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين مثل أن يدّعى أحدهما أنه اشتراها فى المحرم وادعى الآخر أنه اشتراها فى صفر وشهدت بينة كل واحد منهما للآخر بدعواه فهى للأول، لأنه ثبت أنه باعها للأول فزال ملكه عنها فيكون بيعه فى صفر باطلاً لكونه باع ما لا يملكه ويطالب برد الثمن، وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد أو مطلقتين أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة تعارضتا لتعذر الجمع فينظر فى العين، فإن كانت فى يد أحدهما انبنى ذلك على الخلاف فى بينة الداخل والخارج

مستندها رؤية اليد والتصرف فإن ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فصارت البينة بمنزل اليد المفردة فقدم عليه بينة المدعى كما تقدم اليد كما أن شاهدى الفرع لما كانا مبنيين على شاهدى الأصل لم تكن لهما مزية عليهما.

فصل: وأى البينتين قدمناها لم يحلف صاحبها، وقال الشافعى فى أحد قوليه: يستحلف صاحب اليد، لأن البينتين سقطتا بتعارضهما فصارتا كمن لا بينة لهما فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بينة.

ولنا: أن إحدى البينتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو تعارض خبران خاص وعام أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه ولا نسلم أن البينة الراجحة تسقط، وإنما ترجح ويعمل بها وتسقط المرجوحة.

18- مسألة: (وإن أقام الداخل بينة أنه اشتراها من الخارج وأقام الخارج بينة أنه اشتراها من الداخل، فقال القاضى: تقدم بينة الداخل، لأنه الخارج فى المعنى وقيل: تقدم بينة الخارج).

لقول النبى ﷺ: «البينة على المدعى».

فصل: إذا ادعى الخارج أن العين ملكه وأنه أودعها الداخل أو أعاره إياها أو أجرها منه ولم تكن لواحد منهما بينة فالقول قول المنكر مع يمينه لا نعلم فيه خلافًا، وإن كان لكل

فمن قدم بينة الداخل جعلها لمن هى فى يده ومن قـدم بينة الخلرج جعلها للخارج وإن كانت فى يد البائع، وقلنا: تسقط البينتان رجع إلى البـائع، فإن أنكرهما حلف لهما وكانت له، وإن أقر لأحدهما سلمت إليـه وحلف للآخر، وإن أقر لهما فهى بينهمـا ويحلف لكل واحد منهما على نصفـها كما لو لم تكن لهمـا بينة، وإن قلنا: لا تسقط البينتـان لم يلتفت إلى إنكاره ولا اعترافه وهذا قـول القاضى وأكثر أصحاب الشـافعى لأنه قد ثبت زوال ملكه وأن يده لا حكم لها فـلا حكم لقوله فمن قـال: يقرع بينهما أقـرع بينهما فـمن خرجت له القرعـة فهى له مع يمينه، وهذا قول القاضى لم يذكـر شيئًا سوى هذا ومن قال: تقسم بينهمـا قسمت وهذا ذكره أبو الخطاب.

وقد نص عليه أحـمد فى رواية الكوسج فى رجل أقام البينة أنه اشترى سلعـة بمائة وأقام الآخر بينة أنه اشـتراها بمـائتين فكل واحد منهـما يسـتحق النصف من السلعة بـنصف الثمن فيكونان شريكين.

وحمل القاضى هذه الـرواية على أن العين فى أيديهما أو على أن البـائع أقر لهما جمـيعًا وإطلاق الرواية يدل على صحة قول أبى الخطاب.

واحد منهما بينة قدمت بينة الخارج، وهو قول الشـافعى، وقال القاضى: بينة الداخل مقدمة، لأنه هو الخارج فى المعنى كالمسألة قـبلها، لأنه ثبت أن المدعى صاحب اليد فإن يد الداخل نائبة عنه.

ولنا: قول النبى ﷺ: «البـينة على المدعى واليمـين على المدعى عليه» فـتكون البينة للمدعى كـما لو لم يدع الإيداع، يحققـه أن دعواه الإيداع زيادة فى حجـته وشهادة البـينة بها تقوية لها فـلا يجوز أن تكون معطلة لبينتـه، وإن ادعى الخارج أن الداخل غصبـه إياها وأقاما بينتين قضى للخارج ويقتضى قول القاضى أنها للداخل، والأولى ما ذكرناه.

فـصل: فإن كان فى يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسهـا وسواقطها وباقيها فى يد آخر فادعاها كل واحد منهمـا جميعها ولا بينة لهما ولا لأحدهمـا فلكل واحد منهما ما فى يده مع يمينه، وإن أقاما بينتين وقلنا تقدم بينة الداخل فلكل واحد منهما ما فى يده من غير يمين، وإن كان فى يد كل واحد منهما شاة فادعى كل واحد منهما أن الشاة التى فى يد صاحبه له ولا بينة لهمـا حلف كل واحد منهما لـصاحبه، وكـانت الشاة التى فى يده له، وإن أقامـا بينتين فلكل واحد منهما شاة التى فى يد صاحبه، ولا تـعارض بينهما، وإن كان كل واحد قال: هذه الشاة التى فى يدك لى من نتاج شاتى هذه فالتعارض فى النتاج لا فى الملك، وإن ادعى واحد منهما أن الشاتين له دون صـاحبه، وأقاما بينـتين تعارضتا، وانبـنى ذلك على القول فى بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الخارج جعل لكل واحـد منهما ما فى يد الآخر، ومن قدم بينة الداخل أو قدمها إذا شهدت بالنتاج جعل لكل واحد منهما ما فى يده.

فصل: إذا ادعى زيد شاة فى يد عمرو وأقام بها بينة فحكم له بها حاكم ثم ادعاها عمرو

فعلى هذا إن كان المبيع مما لا يدخل فى ضمان المشترى إلا بقبضه فلكل واحد منهما الخيار، لأن الصفقة تبعضت عليه فإن اختارا الإمساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن، وإن اختارا الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن، وإن اختار أحدهما الفسخ توفرت السلعة كلها على الآخر إلا أن يكون الحاكم قد حكم له بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الآخر إليه، وهذا قول الشافعى فى كل مبيع.

فصل: فإن ادّعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة وهى ملكه وادّعى الآخر أنه اشتراها من عمرو وهى ملكه وأقام كل واحد منهما بدعواه بينة فهذه تشبه التى قبلها فى المعنى، فإن كانت فى يد أحد المشتريين انبنى ذلك على الروايتين فى تقديم بينة الداخل والخارج، وإن كانت فى يديهما قسمت بينهما، لأن بينة كل واحد منهما داخلة فى أحد النصفين خارجة فى النصف الآخر، وإن كانت فى يد أحد البائعين فأنكرهما وادعاها لنفسه، فإن قلنا: تسقط البينتان حلف وكانت له، وإن أقر بها لأحدهما صار بالداخل إلا أن يقر له بعد أن يحلف أنها له، وإن قلنا: تقدم إحداهما بالقرعة فهى لمن تخرج له القرعة مع يمينه، وإن قلنا: تقسم بينهما قسمت ورجع كل واحد منهما بنصف ثمنها، وإن كان المبيع مما يدخل فى ضمان المشترى بنفس العقد أو كان المشترى مقرًا بقبضه فلا خيار لواحد منهما ولا رجوع بشىء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع، وإن كان من المكيل والموزون ولم يقبض فلكل

على زيد وأقام بها بينة فإن قلنا: بينة الخارج مقدمة لم تسمع بينة عمرو، لأن بينة زيد مقدمة عليها، وإن قلنا: بينة الداخل مقدمة نظرنا فى الحكم كيف وقع؟ فإن كان حكم بها لزيد، لأن عمرًا لا بينة له ردت إلى عمرو، لأنه قد قامت له بينة واليد كانت له، وإن كان حكم بها لزيد، لأنه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه، لأنه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه وإن كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضًا وردها الحاكم لفسقها ثم عدلت لم ينقض الحكم أيضًا، لأن الفاسق إذا شهد عند الحاكم بشهادة فردها لفسقه ثم أعادها بعد لم تقبل وإن لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض، لأن حكم حاكم الأصل جريانه على الصحة والعدل فلا ينقض بالاحتمال، وإن جاء ثالث فادعاها وأقام بها بينة فبينته وبينة زيد متعارضتان، ولا يحتاج زيد إلى إقامة بينة، لأنها قد شهدت مرة وهما سواء فى الشهادة حال التنازع فلم يحتج إلى إعادتها كالبينة إذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حالها ثم بانت عدالتها فإنها تقبل ويحكم بها من غير إعادة شهادتهما كذا ههنا.

فصل: وإذا كان فى يد رجل شاة فادعاها رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بينة وادعى الذى هى فى يده أنها فى يديه منذ سنتين وأقام بذلك بينة فهى للمدعى بغير خلاف، لأن بينته تشهد له بالملك وبينة الداخل تشهد باليد خاصة فلا تعارض بينهما لإمكان الجمع بينهما بأن تكون اليد عن غير ملك فكانت بينة الملك أولى وإن شهدت بينته بأنها ملكه منذ سنتين فقد

واحد منهما الخيار فى الفسخ والإمضاء، فإن اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر المبيع على الآخر، لأن البائع اثنان بخلاف التى قبلها.

فصل: ولو كان فى يد رجل دار فادعى رجلان كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه وأقام بذلك بينة فالحكم فى هذه كالحكم فيما إذا ادّعى كل واحد منهما أننى اشتريتها منه على ما مضى من التفصيل فيه، وإن اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو إحداهما تعارضتا، وإن قدم تاريخ إحداهما فهل ترجح بذلك على وجهين، فأما إن شهدت البينة أنه أقر بغصبها من كل واحد منهما لزمه دفعها إلى الذى أقر له بها أولاً ويغرم قيمتها للآخر.

فصل: فإن ادّعى كل واحد منهما أنك اشتريتها منى بألف وأقام بذلك بينة واتفق تاريخهما مثل أن يقول كل واحد منهما اشتراها منى مع الزوال يوم كذا ليوم واحد فهما متعارضتان، فإن قلنا: تسقطان رجع إلى قول المدعى عليه، فإن أنكرهما حلف لهما وبرئ، وإن أقر لأحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر، وإن أقر لهما معًا فعليه لكل واحد منهما الثمن، لأنه يحتمل أن يشتريها من أحدهما ثم يهبها للآخر ويشتريها منه، وإن قال: اشتريتها منكما صفقة واحدة بألف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن، وله أن يحلفه على الباقى، وإن قلنا: يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة وجب له الثمن، ويحلف للآخر ويبرأ، وإن

تعارض ترجيحان تقديم التاريخ من بينة الداخل وكون الأخرى بينة الخارج ففيه روايتان: **إحداهما:** تقدم بينة الخارج وهو قول أبى يوسف ومحمد وأبى ثور ويقتضيه عموم كلام الخرقى لقوله ﷺ: «البينة على المدعى» ولأن بينة الداخل يجوز أن يكون مستندها اليد فلا تفيد أكثر مما تفيده اليد فأشبهت الصورة الأولى **والثانية:** تقدم بينة الداخل وهو قول أبى حنيفة والشافعى، لأنها تضمنت زيادة، وإن كانت بالعكس فشهدت بينة الداخل أنه يملكها منذ سنة وشهدت بينة الخارج أنه يملكها منذ سنتين قدمت بينة الخارج إلا على الرواية التى تقدم فيها بينة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين فى التى قبلها، وظاهر مذهب الشافعى تقديم بينة الداخل على كل حال، وقال بعضهم: فيها قولان، فإن ادعى الخارج أنها ملكه منذ سنة وادعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الداخل ذكره القاضى وهو قول أبى ثور، فإن اتفق تاريخ البينتين إلا أن بينة الداخل تشهد بنتاج أو شراء أو غنيمة أو إرث أو هبة من مالك أو قطيعة من الإمام أو سبب من أسباب الملك ففى أيهما يقدم روايتان ذكرناهما، فإن ادعى أنه اشتراها من الآخر قضى له بها، لأن بينة الابتياع شهدت بأمر حادث خفى على البينة الأخرى فقدمت عليها كما تقدم بينة الجرح على التعديل.

فصل: قال رحمه الله **(القسم الثانى أن تكون العين فى يديهما فيتحالفان وتقسم بينهما)**.

وجملة ذلك أنه إذا تنازع نفسان فى عين فى أيديهما فادعى كل واحد منهما أنها له دون صاحبه ولم تكن لهما بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه، وجعلت بينهما نصفين لا نعلم فى

قلنا: تقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لكل واحد منهما على الباقى، فإن كان التاريخان مختلفين أو كانتا مطلقتين أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة ثبت العقدان ولزمه الثمنان، لأنه يمكن أن يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر فيشتريها منه، وإذا أمكن صدق البينتين والجمع بينهما وجب تصديقهما، فإن قيل: فلم قلتم إنه إذا كان البائع واحداً والمشترى اثنان فأقام أحدهما بينة أنه اشتراها فى المحرم وأقام الآخر بينة أنه اشتراها فى صفر يكون الشراء الثانى باطلاً؟ **قلنا:** لأنه إذا ثبت الملك للأول لم يبطله بأن يبيعه الثانى ثانيًا وفى مسألتنا ثبوت شرائه من كل واحد منهما يبطل ملكه، لأنه لا يجوز أن يشترى ثانيًا ملك نفسه ويجوز أن يبيع البائع ما ليس له فافترقا، **فإن قيل:** فإذا كانت البينتان مطلقتين أو إحداهما مطلقة احتمل أن يكون تاريخهما واحدًا فيتعارضان، والأصل براءة ذمة المشهود عليه فلا تشتغل بالشك **قلنا:** إنه متى أمكن صدق البينتين وجب تصديقهما ولم يكن ثم شك وإنما يبقى الوهم، والوهم لا تبطل به البينة، لأنها لو بطلت به لم يثبت بها حق أصلاً، لأنه ما من بينة إلا ويحتمل أن تكون كاذبة أو غير عادلة أو متهمة أو معارضة ولم يلتفت إلى هذا الوهم كذا ههنا.

هذا خلافًا، لأن يد كل واحد منهما على نصفها، والقول قول صاحب اليد مع يمينه، وإن نكلا جميعًا عن اليمين فكذلك، لأن كل واحد منهما يستحق ما فى يد الآخر بنكوله، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له بجميعها، لأنه يستحق ما فى يده بيمينه وما فى يد الآخر بنكوله أو بيمينه التى ردت عليه بنكول صاحبه، وإن كان لأحدهما بينة دون الآخر حكم له بها بغير خلاف علمناه لأنه يرجح بالبينة.

19- **مسألة: (وإن تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفا وهى بينهما).**

لأنها حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه كما لو تنازعا حائطًا بين داريهما وفى كل موضع قلنا: هو بينهما نصفين إنما يحلف كل واحد منهما على النصف الذى يجعله له دون ما لا يحصل له.

20- **مسألة: (وإن تنازعا صبيًا فى يديهما فكذلك).**

لأن يديهما عليه، واليد دليل الملك، والطفل لا يعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والمتاع إلا أن يعترف أن سبب يده غير الملك مثل أن يلتقطه فلا تقبل دعواه لرقه، لأن اللقيط محكوم بحريته، فأما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض فيحكم برقه، فعلى هذا إذا بلغ فادعى الحرية لم تسمع دعواه، لأنه محكوم برقه قبل دعواه، فأما إن كان مميزًا فقال: إنى حر منعا منه إلا أن تقوم بينة برقه، لأن الظاهر الحرية وهى الأصل فى بنى آدم والرق طارئ عليها، فإن كان له بينة قدمت البينة، لأنها تقدم على الأصل، لأنها تشهد بزيادة ويحتمل أن يكون كالطفل فيكون بينهما، لأنه غير مكلف أشبه الطفل، والأول أولى، لأن المميز يصح تصرفه بالوصية ويلزم بالصلاة أشبه البالغ، ولأنه يعرب عن نفسه فى دعوى الحرية أشبه

فصل: وإذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثًا سواه وشهد آخران لآخران هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثًا سواه فلا تعارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ويكون الإرث بينهما لأنه يجوز أن تعلم كل بينة ما لم تعلمه الأخرى.

فصل: وإذا ادّعى رجل عبدًا في يد آخر أنه اشتراه منه وادّعى العبد أن سيده أعتقه ولا بينة لهما فأنكرهما حلف لهما والعبد له، وإن أقر لأحدهما ثبت ما أقر له به ويحلف للآخر، وإن أقام أحدهما بينة بما ادّعاه ثبت، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قدمنا الأول وبطلت الأخرى، لأنه إن سبق العتق لم يصح البيع، لأن بيع الحر لا يصح، وإن سبق البيع لم يصح العتق، لأنه أعتق عبد غيره، **فإن قيل**: يحتمل أنه عاد إلى ملكه فأعتقه **قلنا**: قد ثبت الملك للمشترى فلا يبطله عتق البائع، وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد أو مطلقتين أو إحداهما مطلقة تعارضتا، لأنه لا ترجيح لإحداهما على الأخرى، فإن كان في يد المشترى انبنى ذلك على الخلاف في تقديم بينة الداخل أو الخارج، فإن قدمنا بينة الداخل فهو للمشترى وإن قدمنا بينة الخارج قدم العتق، لأنه خارج وإن كان في يد البائع وقلنا إن البينتين تسقطان بالتعارض صارا كمن لا بينة لهما ويرجع إلى السيد، فإن أنكرهما

البالغ، فأما البالغ إذا ادعى رقه فأنكر لم يثبت رقه إلا ببينة، وإن لم تكن له بينة فالقول قوله مع يمينه في الحرية، لأنها الأصل، وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأى، فإن ادعى رقع اثنان فأقر لهما بالرق ثبت رقه، فإن ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة: يكون بينهما نصفين، لأن يدهما عليه فأشبه الطفل والثوب.

ولنا: أنه إنما ثبت رقه باعترافه فكان مملوكًا لمن اعترف له كما لو لم تكن يده عليه ويخالف الثوب والطفل، فإن الملك حصل فيهما باليد وقد تساويا فيها وههنا حصل بالاعتراف وقد اختص به أحدهما فكان مختصًا به، فإن أقام كل واحد بينة أنه مملوكه تعارضتا وسقطتا ويقرع بينهما أو يقسم بينهما على ما مر من التفصيل، فإن قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر، وإن اعترف أحدهما فهو لمن اعترف له وإن أقر لهما معًا فهو بينهما، لأن البينتين سقطتا فصارتا كالمعدومتين، وإن قلنا بالقرعة أو بالقسمة فأنكرهما لم يلتفت إلى إنكاره، فإن اعترف لأحدهما لم يلتفت إلى اعترافه، لأن رقه ثابت بالبينة فلم يبق له يد على نفسه كما قلنا فيما إذا ادعى رجلان دارًا في يد ثالث، وأقام كل واحد بينة أنها ملكه واعترف أنها ليست له ثم أقر أنها ليست له ثم أقر أنها لأحدهما لم يرجح بإقراره.

21- مسألة: (وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها، لأنه ترجح بالبينة وإن كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخًا، فإن وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى فهما سواء ويحتمل تقديم المطلقة).

حلف لهما، وإن أقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد، لأنه لو أقر بأنه ما أعتقه لم يلزمه شيء فلا فائدة في إحلافه ويحلف البائع للمشتري، وإن أقر للمشتري ثبت الملك له ولم يحلف العبد، لأنه لو أقر له أنه كان أعتقه لم يلزمه غرم فلا فائدة في إحلافه، وإن قلنا يستعملان فاعترف لأحدهما لم يرجح باعترافه، لأن ملكه قد زال، فإن قلنا: ترجح إحدى البينتين بالقرعة أقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته قدمناه، قال أبو بكر: هذا قياس قول أبي عبد الله فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة في أحد الوجهين، وإن قلنا: يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعًا ونصفه حرًا ويسرى العتق إلى جميعه إن كان البائع موسرًا، لأن البينة قامت عليه بأنه أعتقه مختارًا، وقد ثبت العتق في نصفه بشهادتهما.

فصل: إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل إقرارها، لأنها أقرت على نفسها وهي غير متهمة، فإنها لو أرادت ابتداء النكاح لم تمنع منه وإن ادعاها اثنان فأقرت لأحدهما لم يقبل منها، لأن الآخر يدّعى ملك نصفها وهي معترفة أن ذلك قد ملك عليها فصار إقرارها بحق غيرها، ولأنها متهمة فإنها لو أرادت ابتداء تزويج أحد المتداعيين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر، **فإن قيل:** فلو تداعيا عينًا في يد ثالث فأقر لأحدهما قيل، **قلنا:** لا يثبت الملك بإقراره في العين وإنما يجعله كصاحب اليد فيحلف، والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينفع الإقرار به هنهنا، فإن كان لأحد المتداعيين بينة حكم له بها، لأن البينة حجة في

أما إذا أقام كل واحد منهما بينة وتساوتا تعارضتا وقسمت العين بينهما نصفين، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأى لما روى أبو موسى أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بعير فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى رسول الله ﷺ بالبعير بينهما نصفين، رواه أبو داود، ولأن كل واحد منهما داخل في نصف العين خارج في نصفها فتقدم بينة كل واحد منهما فيما في يده عند من يقدم بينة الداخل وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين.

22- مسألة: (وإن كانت إحداهما متقدمة التاريخ، وحكم بها له مثل أن تشهد إحداهما أنها له منذ سنة، وتشهد الآخر أنها للاخر منذ سنتين فيقدم أسبقهما تاريخًا).

قال القاضي: هو قياس المذهب، وهو قول أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي، لأن المتقدمة التاريخ أثبتت الملك له في وقت لم تعارضه فيه البينة الأخرى فيثبت الملك فيه، ولهذا له المطالبة بالنماء في ذلك الزمان وتعارضت البينتان في الملك في الحال فسقطتا وبقي ملك السابق تحت استدامته، وأن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهته، وظاهر كلام الخرقي التسوية بينهما، وهو أحد قولي الشافعي، ووجهه أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز أن يعلم به دون الأول بدليل أنه لو ذكر أنه اشتراه من الآخر أو وهبه إياه لقدمت بينته اتفاقًا فإذا لم يرجح بها فلا أقل من التساوي، وقولهم: إنه يثبت الملك في الزمان الماضي من

النكاح وغيره، وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا وحيل بينهما وبينهما، ولا يرجح أحد المتداعيين بإقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها فى بيته ويده، لأن اليد لا تثبت على حرة ولا سبيل إلى القسمة ههنا ولا إلى القرعة، لأنه لا بد مع القرعة من اليمين ولا مدخل لها فى النكاح.

فصل: إذا قال السيد لعبده: إن قتلت فأنت حر ثم مات فادعى العبد أنه قتل، وأنكر الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم، لأن الأصل عدم القتل، فإن أقام بينة بدعواه عتق، وإن أقام الورثة بينة بموته قدمت بينة العبد فى أحد الوجهين، لأنها تشهد بزيادة وهى القتل، **والثانى:** تتعارضان، لأن إحداهما تشهد بضد ما شهدت به الأخرى فيبقى على الرق، وإن قال: إن مت فى رمضان فعبدى سالم حر، وإن مت فى شوال فعبدى غانم حر ثم مات فادّعى كل واحد منهما موته فى الشهر الذى يعتق بموته فيه، وأنكرهما الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم، وإن أقروا لأحدهما عتق بإقرارهم وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: تقدم بينة سالم، لأن معها زيادة علم، فإنها أثبتت ما يجوز أن يخفى على البينة الأخرى وهو موته فى رمضان.

غير معارضة قلنا: إنما يثبت تبعًا لثبوته فى الحال، ولو انفرد بأن يدعى الملك فى الماضى لم تسمع دعواه ولا بينته.

23- **مسألة: (فإن وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى فهما سواء)** ذكره القاضى، ويحتمل أن يحكم به لمن يوقت قاله أبو الخطاب، وهو قول أبى يوسف ومحمد.

ولنا: أنه ليس فى إحداهما ما يقتضى الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواؤهما كما لو أطلقا أو استوى تاريخهما.

24- **مسألة: (وإن شهدت إحداهما بالملك والأخرى بالملك والنتاج أو سبب من أسباب الملك فهل يرجح بذلك؟ على وجهين):**

إحداهما: لا يرجح به، وهو اختيار الخرقى، لأنهما تساوتا فيما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما فى الحكم.

والثانى: تقدم بينة النتاج وما فى معناه، وهو مذهب أبى حنيفة، لأنها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والأخرى خفى عليها ذلك فيحتمل أن تكون شهادتها مستندة إلى مجرد اليد والتصرف فتقدم الأولى عليها كتقديم بينة الجرح على التعديل، وهذا قول القاضى فيما إذا كانت العين فى يد غيرهما.

25- **مسألة: (ولا تقدم إحداهما بكثرة العدد ولا اشتهار العدالة ولا الرجلان على الرجل والمرأتين ويقدم الشاهدان على الشاهد واليمين فى أحد الوجهين).**

لا ترجح إحدى البينتين بكثرة العدد واشتهار العدالة وهو قول أبى حنيفة والشافعى،

والثاني: يتعارضان ويبقى العبدان على الرق، لأنهما سقطا فصارا كمن لا بينة لهما.

والثالث: يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة، وإن قال: إن برئت من مرضى هذا فسالم حر وإن مت منه فغانم حر فمات وادعى كل واحد منهما موجب عتقه أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق، لأنه لا يخلو من أن يكون برئ أو لم يبرأ فيعتق أحدهما على كل حال ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعة كما لو أعتق أحدهما فأشكل علينا، ويحتمل أن يقدم قول غانم، لأن الأصل عدم البرء، وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فقال أصحابنا: يتعارضان ويبقى العبدان على الرق، وهذا مذهب الشافعى، لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى وتثبت زيادة تنفيها الأخرى ولا يصح هذا القول، لأن التعارض أثره فى إسقاط البينتين ولو لم يكونا أصلاً لعتق أحدهما فكذلك إذا سقطتا، وذلك لأنه لا يخلو من إحدى الحالتين اللتين علق على كل واحد منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده، كما لو قال: إن كان هذا الطائر غرابًا فسالم حر، وإن لم يكن غرابًا فغانم حر، ولم يعلم حاله ولكن يحتمل وجهين: **أحدهما**: أن يقرع بينهما كما فى مسألة الطائر، لأن البينتين إذا تعارضتا قدمت إحداهما بالقرعة فى رواية، **والثانى**: تقدم بينة سالم، لأنها شهدت بزيادة وهى البرء، وإن أقر الورثة لأحدهم عتق بإقرارهم ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا إلا أن يشهد اثنان عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة، ويعتق وحده إذا لم تكن للآخر بينة.

ويتخرج أن يرجح بذلك مأخوذًا من قول الخرقى ويقدم الأعمى أوثقهما فى نفسه، وهذا قول مالك لأن أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة، ولأنها خبر، ولأن الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به، وإذا كثر العدد أو قويت العدالة كانت الظن أقوى، وقال الأوزاعى: تقسم على عدد الشهود فإذا شهد لأحدهما شاهدان وللآخر أربعة قسمت العين بينهما أثلاثا، لأن الشهادة سبب الاستحقاق فتوزع الحق عليها.

ولنا: أن الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية بخلاف الخبر فإنه مجتهد فى قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة، والشهادة متفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقًا بهما دون اعتبار الظن ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهن، وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكرين؟ وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين فى المال، لأن كل واحدة من البينتين حجة فى المال فإذا اجتمعتا تعارضتا، فأما إن كان لأحدهما شاهدان وللآخر شاهد فبذل يمينه معه ففيه وجهان: **أحدهما**: يتعارضان، لأن كل واحد منهما حجة بمفرده فأشبه الرجلين مع الرجل والمرأتين **والثانى**: يقدم الشاهدان، لأنهما حجة متفق عليها والشاهد واليمين مختلف فيهما، ولأن اليمين قوله لنفسه، والبينة الكاملة شهادة الأجنبيين فوجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر وهذا الوجه أصح إن شاء الله تعالى، وللشافعى قولان كالوجهين.

فصل: وإذا ادّعى سالم أن سيده أعتقه فى مرض موته وادعى عبده الآخر غانم أنه أعتقه فى مرض موته وكل واحد منهما ثلث ماله فأقام كل واحد منهما بدعواه بينة فلا تعارض بينهما، لأن ما شهدت به كل بينة لا ينفى ما شهدت به الأخرى ولا تكذب إحداهما الأخرى فيثبت إعتاقه لهما ثم ينظر، فإن كانت البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الأول منهما ورق الثانى إلا أن يجيز الورثة، لأن المريض إذا تبرع بتبرعات يعجز ثلثه عن جميعها قدم الأول فالأول وإن اتفق تاريخهما أو أطلقتا أو إحداهما فهما سواء، لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى فيستويان ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر إلا أن يجيز الورثة،

26- مسألة: (وإن تساوتا تعارضتا وقسمت العين بينهما بغير يمين وعنه أنهما يتحالفان كمن لا بينة لهما، وعنه أنه يقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها).

وجملة ذلك أن البينتين إذا تساوتا تعارضتا وقسمت العين نصفين لما ذكرنا من حديث أبى موسى ما ذكرناه من المعنى، واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ روى أنه يحلف وهو الذى ذكره الخرقى، لأن البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب إسقاطهما كالخبرين إذا تعارضا وتساويا وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به، هذا أحد قولى الشافعى بناء على أن اليمين تجب على الداخل مع بينته ويحلف معها.

والرواية الأخرى: تقسم بينهما العين من غير يمين، وهو قول مالك وأبى حنيفة والقول الثانى للشافعى وهو أصح ـ إن شاء الله ـ للخبر والمعنى الذى ذكرناه، ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين، لأن كل بينة راجحة فى نصف العين على كل واحد من القولين، وقد ذكرنا أن البينة يحكم بها من غير يمين، وفيه رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له لا حق للآخر فيها وكانت العين له كما لو كانت فى يد غيرهما ذكر هذه الرواية أبو الخطاب، والأولى أصح ـ إن شاء الله ـ تعالى للخبر والمعنى.

27- مسألة: (وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد لم تسمع البينة على ذلك حتى تقول: وهى ملكه وتشهد البينة به).

وجملة ذلك أنه متى كانت فى يد رجل عين فادعى آخر أنه اشتراها من زيد وهى ملكه وأقام بذلك بينة حكم له بها، لأنه ابتاعها من مالكها، وكذا إن شهدت أنه باعه إياها وسلمها إليه حكم له بها، لأنه لم يسلمها إليه إلا وهى فى يده وإن لم يذكر إلا التسليم لم يحكم بها، لأنه يمكن أن يبيعه ما لا يملكه فلا يزال صاحب اليد، فإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد وهى ملكه وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو وهى ملكه وأقاما بذلك بينتين تعارضتا، فإن كانت فى يد أحدهما انبنى ذلك على الروايتين فى تقديم بينة الخارج والداخل، فإن كانت فى أيديهما قسمت بينهما، لأن بينة كل واحد منهما داخلة فى أحد النصفين خارجة عن النصف

لأنه لا يخلو إما أن يكون أعتقهما معًا فيقرع بينهما كما فعل النبى ﷺ فى العبيد الستة الذين أعتقهم سيدهم عند موته ولم يكن له مال غيرهم(١٢) ، أو يكون أعتق أحدهما قبل صاحبه وأشكل علينا فيخرج بالقرعة كما فى مسألة الطائر، وقيل: تعتق من كل واحد نصفه وهو قول للشافعى، لأنه أقرب إلى التعديل بينهما، فإن فى القرعة قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثانى المستحق للرق وفى القسمة لا يخلو المستحق للعتق من حرية ولا

الآخر، وإن كانت فى يد أحد البائعين فأنكرهما وادعاها لنفسه، فإن قلنا: تسقط البينتان حلف وكانت له، وإن أقر بها لأحدهما صار الداخل إلا أن يقر بعد أن يحلف أنها له، وإن قلنا: يقدم أحدهما بالقرعة فهى لمن تخرج له القرعة مع يمينه، وإن قلنا: تقسم بينهما قسمت ورجع كل منهما بنصف ثمنها، فإن كان المبيع مما يدخل فى ضمان المشترى بنفس العقد أو كان المشترى مقرّا بقبضه فلا خيار لواحد منهما ولا الرجوع بشىء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع، وإن كان من المكيل والموزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار فى الفسخ والإمضاء، فإن اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر المبيع على الآخر، لأن البائع اثنان، والله أعلم.

28- مسألة: (وإن أقام أحدهما بينة أنها ملكه وأقام الآخر بينة أنه اشتراها أو أعتقه قدمت بينة الثانى).

لأنها تشهد بأمر حادث على الملك خفى على بينة الملك ولا تعارض بينهما فيثبت الملك للأول والشراء منه للثانى.

29- مسألة: (وإن أقام رجل بينة أن هذه الدار لأبى خلفها تركة وأقامت امرأته بينة أن أباه أصدقها إياها فهى للمرأة) لما ذكرنا.

فصل: قال ؓ: **(القسم الثالث: تداعيا عينًا فى يد غيرهما، فإنه يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وأخذها)**.

وجملة ذلك أن الرجلين إذا تداعيا عينًا فى يد غيرهما ولا بينة لهما فأنكرهما فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف، وإن اعترف أنه لا يملكها، وقال: لا أعرف صاحبها أو قال: هى لأحدكما لا أعرفه عينًا أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف أنها له وسلمت إليه لما روى أبو هريرة أن رجلين تداعيا عينًا لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهم النبى ﷺ أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها، رواه أبو داود، ولأنهما تساويا فى الدعوى ولا بينة لواحد منهما ولا يد، والقرعة تميز عند التساوى كما لو أعتق عبيدًا لا مال له غيرهم فى مرض موته.

30- مسألة: (فإن كان المدعى عبدًا فأقرَّ لأحدهما لم يرجح بإقراره).

لأنه محجور عليه أشبه الطفل، فإن كانت لأحدهما بينة حكم له بها بغير خلاف نعلمه.

---

(١٢) تقدم برقم (١٣٤) مسألة (٩٥٤).

المستحق للرق من رق ولذلك قسمنا المختلف فيه على إحدى الروايتين إذا تعارضت به بينتان، والأول المذهب، لأنه لا يخلو من شبهة بإحدى الصورتين اللتين ذكرناهما والقرعة ثابتة فى كل واحدة منهما، وقولهم: إن فى القرعة احتمال إرقاق نصف الحر قلنا: وفى القسمة إرقاق نصف الحر يقينًا وتحرير نصف الرقيق يقينًا، وهو أعظم ضررًا، وإن كانت قيمة أحدهما الثلث وقيمة الآخر دون الثلث فكان الأول أو الذى خرجت قرعته الثلث عتق ورق الآخر وإن كان هو الناقص عن الثلث عتق وعتق من الآخر تمام الثلث، وإن كان لأحدهما بينة ولا بينة للآخر أو بينته فاسقة عتق صاحب البينة العادلة ورق الآخر، وإن كان لكل واحد منهما بينة عادلة إلا أن إحداهما تشهد أنه أعتق سالمًا فى مرضه والأخرى تشهد بأنه وصى بعتق غانم وكان سالم ثلث المال عتق وحده ووقف عتق غانم على إجازة الورثة، لأن التبرع يقدم على الوصية، وإن كان سالم أقل من الثلث عتق من غانم تمام الثلث، وإن شهدت إحداهما أنه وصى بعتق سالم، وشهدت الأخرى أنه وصى بعتق غانم فهما سواء ويقرع بينهما سواء اتفق تاريخهما أو اختلف، لأن الوصية يستوى فيها المتقدم والمتأخر، وقال أبو بكر وابن أبى موسى: يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعة، لأن القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما عبدًا والآخر حرًا ولا كذلك ههنا فيجب أن تقسم الوصية بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته، كما لو وصى لاثنين بمال، والأول قياس المذهب، لأن الإعتاق بعد

31- مسألة: (وإن كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب).

إحداهما: تسقط البينتان ويقترع المتداعيان على اليمين كما لو لم تكن بينة، هذا الذى ذكره القاضى وهو ظاهر كلام الخرقى، لأنه ذكر القرعة ولم يفرق بين أن تكون معها بينة أو لم تكن، روى هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال إسحاق وأبو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قولى الشافعى لما روى ابن المسيب أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فى امرأة وجاء كل واحد منهما بشهود عدول على عدة واحدة فأسهم النبى ﷺ بينهما، رواه الشافعى فى مسنده، ولأن البينتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لإحداهما على الأخرى فسقطتا كالخبرين.

والرواية الثانية: تستعمل البينتان وفى كيفية استعمالهما روايتان: **إحداهما**: تقسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلى وقتادة وابن شبرمة وحماد وأبى حنيفة، وقول للشافعى لما ذكرنا من حديث أبى موسى ولأنهما تساويا فى دعواه فتساويا فى قسمته، **والرواية الثانية**: تقدم إحداهما وهو قول للشافعى وله قول رابع يوقف الأمر حتى يتبين وهو قول أبى ثور، لأنه اشتبه الأمر فوجب التوقف كالحاكم إذا لم يتضح الحكم له فى قضية.

ولنا: خبر أبى موسى وخبر ابن المسيب، ولأن تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كالخبرين بل إذا تعذر الترجيح أسقطناهما ورجعنا إلى دليل غيرهما إذا ثبت هذا، فأما إذا

الموت كالإعتاق فى مرض الموت، وقد ثبت فى الإعتاق فى مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين فكذلك بعد الموت، ولأن المعنى المقتضى لتكميل العتق فى أحدهما فى الحياة موجود بعد الممات فيثبت فأما إن صرح فقال: إذا مت فنصف كل واحد من سالم وغانم حر أو كان فى لفظه ما يقتضيه أو دلت عليه قرينة ثبت ما اقتضاه.

فصل: فإن خلف المريض ابنين لا وارث له سواهما فشهدا أنه أعتق سالمًا فى مرض موته، وشهد أجنبيان أنه أعتق غانمًا فى مرض موته وكل واحد ثلث ماله ولم يطعن الابنان فى شهادتهما وكانت البينتان عادلتين فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانا أجنبيين سواء، لأنه قد ثبت أن الميت أعتق العبدين فإن طعن الاثنان فى شهادة الأجنبيين وقالا: ما أعتق غانمًا فى مرض موته وكل واحد ثلث ماله إنما أعتق سالمًا لم يقبل قولهما فى رد شهادة الأجنبية، لأنها بينة عادلة مثبتة والأخرى نافية، وقول المثبت يقدم على قول النافى ويكون حكم ما شهدت به حكم ما إذا لم يطعن الورثة فى شهادتهما فى أنه يعتق إن تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة، ويرق إذا تأخر تاريخه أو خرجت القرعة لغيره، وأما الذى شهد به الابنان فيعتق كله لإقرارهما بإعتاقه وحده واستحقاقه للحرية، وهذا قول القاضى، وقيل يعتق ثلثاه إن حكم بعتق سالم وهو ثلث الباقى، لأن العبد الذى شهد به الأجنبيان كالمغصوب من التركة وكالذهب من التركة بموت أو تلف فيعتق ثلث الباقى وهو ثلثا غانم، والأول أصح، لأن المعتبر خروجه من

أسقطنا البينتين أقرعنا بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها كما لو لم تكن لهما بينة، وإن قلنا: يعمل بالبينتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين وهذا قول الشافعى، لأن البينة تغنى عن اليمين، وقال أبو الخطاب: عليه اليمين مع بينته ترجيحًا لها وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالأولى، وإنما يظهر اختلاف الحكم فى شىء آخر سنذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: وإن أنكرهما من العين فى يده وكانت لأحدهما بينة حكم له بها، وإن أقام كل واحد منهما بينة، فإن قلنا: تستعمل البينتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى القسمة وتدفع إلى من تخرج له القرعة عند من يرى ذلك، وإن قلنا تسقط البينتان حلف صاحب اليد وأقرت فى يده كما لو تكن لهم بينة.

32- مسألة: (وإن أقر صاحب اليد لأحدهما لم يرجح بإقراره إذا قلنا لا تسقط البينتان).

لأنه قد ثبت زوال ملكه فصار كالأجنبى وإن قلنا بسقوطهما فأقر بها لهما أو لأحدهما قبل إقراره، فأما إن أقر بها فى الابتداء لأحدهما صار المقر له صاحب اليد، لأن من هى فى يده مقر بأن يده نائبة عن يده، وإن أقر لهما جميعًا فاليد لكل واحد منهما فى الجزء الذى أقر له به لذلك.

الثلث حال الموت وحال الموت، فى قول الابنين لم يعتق سالم إنما عتق بالشهادة بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته، فإن كان الابنان فاسقين ولم يردا شهادة الأجنبية ثبت العتق لسالم ولم يزاحمه من شهد له الابنان لفسقهما، لأن شهادة الفاسق كعدمها فلا يقبل قولهما فى إسقاط حق ثبت ببينة عادلة، وقد أقر الابنان بعتق غانم فينظر، فإن تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فخرجت القرعة له عتق كله كما قلنا فى التى قبلها، وإن تأخر تاريخ عتقه أو خرجت القرعة لغيره لم يعتق منه شىء لأن الابنين لو كانا عدلين لم يعتق منه شىء فإذا كانا فاسقين أولى.

وقال القاضى: وبعض أصحاب الشافعى: يعتق نصفه فى الأحوال كلها، لأنه استحق العتق بإقرار الورثة مع ثبوت العتق للآخر بالبينة العادلة فصار بالنسبة كأنه أعتق العبدين فيعتق منه نصفه وهذا لا يصح، فإنه لو أعتق العبدين لأعتقنا أحدهما بالقرعة، لأنه فى حال تقدم تاريخ عتق من شهدت له البينة لا يعتق منه شىء، ولو كانت بينته عادلة فمع فسوقها أولى، وإن كذبت الورثة الأجنبية فقالت: ما أعتق غانمًا إنما أعتق سالمًا عتق العبدان، وقيل: يعتق من سالم ثلثاه والأول أولى.

فصل: فإن شهد عدلان أجنبيان أنه وصى بعتق سالم وشهد عدلان وارثان أنه رجع عن الوصية بعتق سالم ووصى بعتق غانم وقيمتهما سواء أو كانت قيمة غانم أكثر قبلت شهادتهما وبطلت وصية سالم، لأنهما لا يجران إلى أنفسهما نفعًا ويدفعان عنها ضررًا، **فإن قيل:** فهما

33- مسألة: **(وإن ادعاها صاحب اليد لنفسه وقلنا بسقوط البينتين حلف لكل واحد منهما وهى له وهو قول القاضى).**

لأنه صاحب اليد وهو منكر فلزمته اليمين لقول النبى ﷺ: (اليمين على من أنكر) وقال أبو بكر: بل يقرع بين المدعيين فتكون لمن تخرج له القرعة وهذا ينبنى على أن البينتين إذا تعارضتا لا يسقطان فرجحت إحدى البينتين بالقرعة كما لو أقر صاحب اليد أنها لأحدهما لا يعلمه بعينه.

فصل: إذا تداعيا عينًا فى يد غيرهما فقال: هى لأحدكما لا أعرفه عينًا أو قال: لا أعرف صاحبها أو هو أحدكما أو غيركما أو قال: أودعنيها أحدكما أو رجل لا أعرفه عينًا فادعى كل واحد منهما أنك تعلم أنى صاحبها أو أنى أنا الذى أودعتكها وطلب يمينه لزمه أن يحلف له، لأنه لو أقر له لزمه تسليمها إليه ومن لزمه الحق مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار ويحلف على ما ادعاه من نفى العلم وإن صدقاه فلا يمين عليه، وإن صدقه أحدهما حلف الآخر، وإن أقر بها لأحدهما أو لغيرهما صار المقر له صاحب اليد فإن قال غير المقر له: احلف لى أن العين ليست ملكى أو أنى لست الذى أودعكها لزمته اليمين على ما ادعاه من ذلك لما ذكرنا، وإن نكل عن اليمين قضى عليه بقيمتها، وإن اعترف لهما كان الحكم فيها كما لو كانت فى

يثبتان لأنفسهما ولاء غانم قلنا: وهما يسقطان ولاء سالم، وعلى أن الولاء إثبات سبب الميراث وهذا لا يمنع قبول الشهادة بدليل ما لو شهدا بعتق غانم من غير معارض ثبت عتقه ولهما ولاؤه، ولو شهدا بثبوت نسب أخ لهما قبلت شهادتهما مع ثبوت سبب الإرث لهما وتقبل شهادة المرء لأخيه بالمال وإن جاز أن يرثه، فإن كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ويلزمهما إقرارهما لغانم فيعتق سالم بالبينة العادلة ويعتق غانم بإقرار الورثة بالوصية بإعتاقه وحده.

وذكر القاضي وأصحاب الشافعي: أنه إنما يعتق ثلثاه، لأنه لما أعتق سالم بشهادة الأجنبيين صار كالمغصوب فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة.

ولنا: أن الوارثة تقر بأنه حين الموت ثلث التركة وأن عتق سالم إنما كان بشهادتهما بعد الموت فصار كالمغصوب بعد الموت ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه، وقد ذكر القاضي: فيما إذا شهدت بينة عادلة بإعتاق سالم في مرضه ووارثة فاسقة بإعتاق غانم في مرضه وأنه لم يعتق سالمًا، أن غانمًا يعتق كله وهذا مثله.

فأما إن كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم فالوارثة متهمة لكونها ترد إلى الرق من كثرت قيمته فترد شهادتها في الرجوع كما ترد شهادتها بالرجوع عن الوصية ويعتق سالم وغانم كله أو ثلثاه وهو ثلث الباقي على ما ذكرنا من الاختلاف فيما إذا كانت فاسقة وإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصية بعتق غانم وهي بينة عادلة ثبتت الوصيتان سواء

أيديهما ابتداءً وعليه اليمين لكل واحد منهما في النصف المحكوم به لصاحبه وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه في النصف المحكوم له به.

فصل: إذا كان في يد رجل دار فادعاها نفسان فقال أحدهما: أجرتكها، وقال الآخر: هي داري أعرتكها أو قال: هي داري ورثتها من أبي أو قال: هي داري ولم يذكر شيئًا آخر فأنكرهما صاحب اليد القول قوله مع يمينه، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها، فإن أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى إلا على الرواية التي تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب، فإن بينة من ادعى أنه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب، وإن أقام أحدهما بينة أنه غصبه إياها وأقام الآخر بينة أنه أقر له بها فهي للمغصوب منه ولا تعارض بينهما، لأن الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا وأقر بها لغيره وإقرار الغاصب باطل، وهذا مذهب الشافعي فتدفع إلى المغصوب منه.

فصل: نقل ابن المنصور عن أحمد في رجل أخذ من رجلين ثوبين أحدهما بعشرة والآخر بعشرين ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من هذا فادعى أحدهما ثوبًا من هذين الثوبين وادعاه الآخر، يقرع بينهما فأيهما أصابته القرعة حلف وأخذ الثوب الجديد والآخر للآخر، وإنما قال ذلك لأنهما تنازعا عينًا في يد غيرهما.

كانت قيمتها سواء أو مختلفة فيعتقا إن خرجا من الثلث، وإن لم يخرجا من الثلث أقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة ويعتق تمام الثلث من الآخر سواء تقدمت إحدى الوصيتين على الأخرى أو استوتا، لأن المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء.

فصل: ولو شهدت بينة عادلة أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهدت بينة أخرى أنه رجع عن الوصية لزيد ووصى لعمرو بثلث ماله وشهدت بينة ثالثة أنه رجع عن الوصية لعمرو ووصى لبكر بثلث ماله صحت الشهادات كلها وكانت الوصية لبكر سواء كانت البينتان من الورثة أو لم تكن، لأنه لا تهمة فى حقهم وإن كانت شهادة البينة الثالثة أنه رجع عن إحدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة شيئًا، لأنه قد ثبت بالبينة الثانية أنه رجع عن وصية زيد وهى إحدى الوصيتين فعلى هذا تثبت الوصية لعمرو، وإن كانت البينة الثانية شهدت بالوصية لعمرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة بالرجوع عن إحدى الوصيتين لا بعينها فقال القاضى: لا تصح الشهادة، وهذا مذهب الشافعى لأنهما لم يعينا المشهود عليه ويصير كما لو قالا: نشهد أن لهذا على أحد هذين ألفًا، وأن لأحد هذين على هذا ألفًا ويكون الثلث بين الجميع أثلاثًا.

وقال أبو بكر: قياس قول أبى عبد الله أنه يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين ويقرع بينهما فمن خرجت له قرعة الرجوع عن وصيته بطلت وصيته، وهذا قول ابن أبى موسى، وإذا صح

فصل: إذا تداعيا عينًا فقال كل واحد منهما: هذه العين لى استدنتها من زيد بمائة ونقدته إياها ولا بينة لواحد منهما، فإن أنكرهما زيد فهى له مع يمينه، وإن أقر بها لأحدهما سلمها إليه وحلف للآخر، وإن أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت إليها وحلف لكل واحد منهما على نصفها، وإن قال: لا أعلم لمن هى، أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها وإن حلف البائع له ثم أقر بها لأحدهما سلمت إليه، وإن أقر بها للآخر لزمته غرامتها له، وإن أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين مثل أن يدعى أحدهما أنه اشتراها فى المحرم وادعى الآخر أنه اشتراها فى صفر وشهدت بينة كل واحد منهما للآخر بدعواه فهى للأول لتقدم بينته بأنه باعها منه أولاً وزال ملكه عنها فيكون بيع الثانى باطلاً لكونه باع ما لا يملكه ويطالب برد الثمن، وإن اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو أحدهما مطلقة والأخرى مؤرخة تعارضتا لتعذر الجمع فينظر فى العين، فإن كانت فى يد أحدهما انبنى ذلك على بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الداخل جعلها لمن هى فى يده ومن قدم بينة الخارج جعلها له، وإن كانت فى يد البائع وقلنا: تسقط البينتان رجع إلى البائع، فإن أنكرهما حلف لهما وكانت له، وإن أقر لأحدهما سلمت إليه وحلف للآخر، وإن أقر لهما فهى بينهما ويحلف لكل واحد منهما على نصفها كما لو لم يكن لهما بينة، وإن قلنا: لا تسقط البينتان لم يلتفت إلى إنكاره ولا اعترافه وهذا قول القاضى وأكثر أصحاب الشافعى، لأنه قد ثبت زوال

الرجوع عن إحداهما بغير تعيين صحت الشهادة به كذلك، ووجه ذلك أن الوصية تصح بالمجهول وتصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت فى الرجوع من غير تعيين المرجوع عن وصيته.

فصل: وإن شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهد واحد أنه وصى لعمرو بثلث ماله انبنى هذا على أن الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين أو لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يعارضهما فيحلف عمرو مع شاهده ويقسم الثلث بينهما، لأن الشاهد واليمين حجة فى المال فأشبه الشاهدين.

والثانى: لا يعارضهما، لأن الشاهدين أقوى فيرجحان على الشاهد واليمين، فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث وتقف وصية عمرو على إجازة الورثة، فأما إن شهد واحد أنه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثلثه فلا تعارض بينهما ويحلف عمرو مع شاهده وتثبت الوصية لعمرو، والفرق بين المسألتين أن فى الأولى تقابلت البينتان فقدمنا أقواهما، وفى الثانية لم يتقابلا، وإنما يثبت الرجوع وهو يثبت بالشاهد واليمين، لأن المقصود به المال وهذا مذهب الشافعى والله أعلم.

١٩٣٨- **مسألة:** قال: **(ولو كان فى يده دار فادعاها رجل فأقر بها لغيره، فإن كان المقر له بها حاضراً جعل الخصم فيها، وإن كان غائباً وكانت للمدعى بينة حكم بها للمدعى ببينته وكان الغائب على خصومته متى حضر).**

ملكه وأن يده لا حكم لها فلا حكم لقوله، فمن قال: يقرع بينهما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهى له مع يمينه، وهذا قول القاضى لم يذكره غيره، وقال أبو الخطاب: يقسم بينهما وقد نص عليه أحمد فى رواية الكوسج فى رجل أقام بينة أنه اشترى سلعة بمائة وأقام الآخر بينة أنه اشتراها بمائتين فكل واحد منهما يستحق نصف السلعة بنصف الثمن ويكونان شريكين، وحمل القاضى هذه الرواية على أن العين فى أيديهما أو على أن البائع أقر لهما جميعًا، وإطلاق الرواية يدل على صحة قول أبى الخطاب، فعلى هذا إن كان البيع مما لا يدخل فى ضمان المشترى إلا بقبضه فلكل واحد منهما الخيار، لأن الصفقة تبعضت عليه، فإن اختار الإمساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن، وإن اختار الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن، وإن اختار أحدهما الفسخ توفرت السلعة كلها على الآخر إلا أن يكون الحاكم قد حكم بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الآخر إليه، وهذا قول الشافعى فى كل موضع.

فصل: ولو كانت فى يد رجل فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه وأقام بذلك بينة فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ادعى كل واحد منهما أنى اشتريتها منه على ما مضى من التفصيل فيه.

وجملته: أن الإنسان إذا ادعى داراً فى يد غيره فقال الذى هى فى يده: ليست لى إنما هى لفلان، وكان المقر له بها حاضراً سئل عن ذلك، فإن صدقه صار الخصم فيها وكان صاحب اليد، لأن من هى فى يده اعترف أن يده نائبة عن يده وإقرار الإنسان بما فى يده إقرار صحيح فيصير خصمًا للمدّعى، فإن كان للمدعى بينة حكم له بها وإن لم تكن له بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، وإن قال المدعى: احلفوا لى المقر الذى كانت العين فى يده أنه لا يعلم أنها لى فعليه اليمين، لأنه لو أقر له بها بعد اعترافه لزمه الغرم كما لو قال: هذه العين لزيد ثم قال: هى لعمرو، فإنها تدفع إلى زيد ويدفع قيمتها لعمرو، ومن لزمه الغرم مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار، فإن رد المقر له الإقرار وقال: ليست لى وإنما هى للمدعى حكم له بها، وإن لم يقل هى للمدعى ولكن قال: ليست لى، فإن كانت للمدعى بينة حكم له بها، وإن لم تكن له بينة ففيه وجهان:

أحدهما: تدفع إلى المدّعى، لأنه يدعيها ولا منازع له فيها، ولأن من هى فى يده لو ادعاها ثم نكل قضينا بها للمدعى فمع عدم ادعائه لها أولى.

والثانى: لا تدفع إليه، لأنه لم يثبت لها مستحق، لأن المدعى لا يد له ولا بينة وصاحب اليد معترف أنها ليست له فيأخذها الإمام فيحفظها لصاحبها، وهذا الوجه الثانى ذكره القاضى، والأول أولى لما ذكرنا من دليله، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين، ووجه ثالث أن المدعى

34- مسألة: (وإن كان فى يد رجل عبد فادعى أنه اشتراه من زيد فادعى العبد أن زيداً أعتقه وأقام كلٌ واحد بينة انبنى على بينة الداخل والخارج، فإن كان العبد فى يد زيد فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ادعيا عينًا فى يد غيرهما).

إذا ادعى رجل عبداً فى يد آخر أنه اشتراه منه وادعى العبد أن سيده أعتقه ولا بينة لهما فأنكرهما حلف لهما والعبد له، فإن أقر لأحدهما ثبت ما أقر به ويحلف للآخر، وإن أقام أحدهما بينة بما ادعاه ثبت، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قدمنا الأولى وبطلت الأخرى، لأنه إن سبق العتق لم يصح البيع، وإن سبق البيع لم يصح العتق، لأنه أعتق عبد غيره، **فإن قيل:** يحتمل أنه عاد إلى ملكه فأعتقه **قلنا:** قد ثبت الملك للمشترى فلا يبطله عتق البائع، وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد أو مطلقتين أو إحداهما مطلقة تعارضتا، لأنه لا ترجيح لإحداهما على الأخرى، فإن كان فى يد المشترى انبنى ذلك على الخلاف فى تقديم بينة الداخل والخارج، فإن قدمنا بينة الداخل فهو للمشترى، وإن قدمنا بينة الخارج قدم العتق، لأنه خارج وإن كان فى يد البائع وقلنا: إن البينتين تسقطان بالتعارض صارا كمن لا بينة لهما، فإن أنكرهما حلف لهما وإن أقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد، لأنه لو أقر بأنه ما أعتقه لم يلزمه شىء فلا فائدة فى إحلافه، وإن قلنا: ترجح إحدى البينتين بالقرعة قرعنا بينهما فمن خرجت قرعته قدمناه، قال أبو بكر: هذا

يحلف أنها له وتسلم إليه، ويتخرج لنا مثله بناء على القول برد اليمين إذا نكل المدعى عليه، وإن قال المقر له: هى لثالث انتقلت الخصومة إليه وصار بمنزلة صاحب اليد، لأنه أقر له بها من اليد له حكمًا، وأما إن أقر بها المدعى عليه لمجهول قيل له: ليس هذا بجواب، فإن أقررت بها لمعروف وإلا جعلناك ناكلاً وقضينا عليك، فإن أصر قضى عليه بالنكول، وإن أقر بها الغائب أو لغير مكلف معين كالصبى والمجنون صارت الدعوى عليه، فإن لم تكن للمدعى بينة لم يقض له بها، لأن الحاضر يعترف أنها ليست له ولا يقضى على الغائب بمجرد الدعوى ويقف الأمر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفًا فتكون الخصومة معه، فإن قال المدعى: احلفوا لى المدعى عليه أحلفناه لما تقدم، وإن أقر بها للمدعى لم تسلم إليه، لأنه اعترف أنها لغيره ويلزمه أن يغرم له قيمتها، لأنه فوتها عليه بإقراره بها لغيره، وإن كان مع المدعى بينة سمعها الحاكم وقضى بها وكان الغائب على خصومته متى حضر له أن يقدح فى بينة المدعى، وأن يقيم بينة تشهد بانتقال الملك إليه من المدعى وإن أقام بينة أنها ملكه فهل يقضى بها؟ على وجهين بناء على تقديم بينة الداخل والخارج، فإن قلنا: تقدم بينة الخارج فأقام الغائب بينة تشهد له بالملك والنتاج أو سبب من أسباب الملك فهل تسمع بينته ويقضى بها؟ على وجهين وإن كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب، والغائب سمعها الحاكم ولم يقض بها لأن البينة للغائب والغائب لم يدعها هو ولا وكيله وإنما سمعها الحاكم لما فيها

قياس قول أبى عبد الله فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة فى أحد الوجهين، وإن قلنا: يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعًا ونصفه حرًا ويسرى العتق إلى جميعه إن كان البائع موسرًا، لأن البينة عليه أنه أعتقه مختارًا، وقد ثبت العتق فى نصفه بشهادتهما.

35- **مسألة: (وإن كان فى يده عبد وادعى عليه رجلان كل واحد منهما أنه اشتراه بثمن سماه فصدقهما لزمه الثمن لكل واحد منهما وإن أنكرهما حلف لهما وبرئ، وإن صدق أحدهما لزمه ما ادعاه وحلف للآخر).**

وإن كان لأحدهما بينة فله الثمن ويحلف للآخر، وإن كان لكل واحد منهما بينة وأمكن صدقهما لاختلاف تاريخهما أو إطلاقهما أو إطلاق إحداهما وتاريخ الأخرى عمل بهما، وإن اتفق تاريخهما تعارضتا والحكم على ما تقدم.

وإن كان فى يد إنسان عين فادعى عليه رجلان كل واحد منهما أنك اشتريته منى بألف وأقام بذلك بينة واتفق تاريخهما مثل أن يقول: اشتراها منى مع الزوال يوم كذا ليوم واحد فهما متعارضتان، فإن قلنا: يسقطان رجع إلى قول المدعى عليه، فإن أنكرهما حلف لهما وبرئ وإن أقر لأحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر وإن أقر لهما فعليه لكل واحد منهما الثمن، لأنه يحتمل أن يشتريها من أحدهم ثم يهبها للآخر ويشتريها منه، وإن قال: اشتريتها منكما صفقة واحدة بألف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن وله أن يحلف على الباقى، وإن

من الفائدة وهو زوال التهمة عن الحاضر وسقوط اليمين عنه إذا ادعى عليه أنك تعلم أنها لى ويتخرج أن يقضى بها إذا قلنا بتقديم بينة الداخل وأن للمودع المخاصمة فى الوديعة إذا غصبت، ولأنها بينة مسموعة فيقضى بها كبينة المدعى إذا لم تعارضها بينة أخرى فإن ادعى من هى فى يده أنها معه بإجارة أو عارية وأقام بينة بالملك للغائب لم يقض بها لوجهين: **أحدهما**: أن ثبوت الإجارة والعارية يترتب على الملك للمؤجر (ولا يمكن ثبوت الملك للمؤجر)[١٣] بهذه البينة فلا تثبت الإجارة المترتبة عليها، **والثانى**: أن بينة الخارج مقدمة على بينة الداخل ويخرج القضاء بها على تقديم بينة الداخل وكون الحاضر له فيها حق، فإنه يقضى بها وجهًا واحدًا ومتى عاد المقر بها لغيره وادعاها لنفسه لم تسمع دعواه، لأنه أقر بأنه لا يمكلها فلا يسمع منه الرجوع عن إقراره والحكم فى غير المكلف كالحكم فى الغائب على ما ذكرنا.

فصل: وإذا طلب المدعى أن يكتب له محضرًا بما جرى لزمته إجابته فيكتب له محضرًا، حضر القاضى فلان ابن فلان الفلانى قاضى عبد الله الإمام فلان ابن فلان الفلانى أو خليفة القاضى فلان ابن فلان إن كان نائبًا، فلان ابن فلان الفلانى وأحضر معه فلان ابن فلان الفلانى فادعى دارًا فى يديه ويعينها ويذكر حدودها وصفتها فاعترف بها المدعى عليه لفلان ابن فلان الفلانى وهو حينئذ غائب عن بلد القاضى فأقام المدعى بينة وهى فلان ابن فلان الفلانى وفلان ابن فلان الفلانى فشهدا عنده للمدعى بما ادعاه وعرف الحاكم عدالتهما بما يسوغ معه قبول شهادتهما أو شهد عنده بعدالتهما فلان وفلان فقبل شهادتهما فقضى بها على الغائب جعل كل

قلنا: يقرع بينهما وجب الثمن لمن تخرج له القرعة ويحلف للآخر ويبرأ، وإن قلنا: يقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لكل واحد منهما على الباقى، فإن كان التاريخان مختلفين أو كانتا مطلقتين أو إحداهما مطلقة ثبت العقدان ولزمه الثمنان، لأنه يمكن أن يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر فيشتريها منه، وإذا أمكن صدق البينتين والجمع بينهما وجب تصديقهما، **فإن قيل**: فلم قلتم إن البائع إذا كان واحدًا والمشترى اثنان فأقام أحدهما بينة أنه اشتراه فى المحرم وأقام الآخر بينة أنه اشتراه فى صفر يكون الشراء الثانى باطلاً؟ **قلنا**: إنه إذا ثبت الملك للأول لم يبطله بأن يبيعه للثانى ثانيًا وفى مسألتنا ثبوت شرائه من كل واحد منها يبطل ملكه، لأنه لا يجوز أن يشترى ثانيًا ملك نفسه ويجوز أن يبيع البائع ما ليس له فافترقا، **فإن قيل**: فإذا كانت البينتان مطلقتين أو إحداهما مطلقة احتمل أن يكون تاريخهما واحدًا فيتعارضان، والأصل براءة ذمة المشهود عليه فلا تشغل بالشك، **قلنا**: متى أمكن صدق البينتين وجب تصديقهما ولم يكن ثم شك، وإنما يبقى الوهم والوهم لا تبطل به البينة، لأنها لو بطلت به لم يثبت بها حق أصلاً، لأنه ما من بينة إلا ويحتمل أن تكون كاذبة أو غير عادلة أو متهمة أو معاوضة ولم يلتفت إلى الوهم كذا ههنا.

---

(١٣) سقط وأثبتناه من هـ.

ذى حجة على حجته، فإن كان الغائب قد قدم ولم يأت بحجة زاد وقدم الغائب المقر له بها فلان ولم يأت بحجة تدفع المدعى عن دعواه، وإن أقام عند حضوره بينة زاد وأقام بينة وكانت بينة المدعى مقدمة على بينته، لأنها بينة خارج.

فصل: وإذا ادعى إنسان أن أباه مات وخلفه وأخًا له غائبًا ولا وارث له سواهما وترك دارًا فى يد هذا الرجل فأنكر صاحب اليد فأقام المدعى بينة بما ادعاه ثبتت الدار للميت وانتزعت الدار من يد المنكر ودفع نصفها إلى المدعى وجعل النصف الآخر فى يد أمين للغائب يكريه له، وكذلك إن كان المدعى مما ينقل ويحول، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: إن كان مما ينقل ولا يحول أو مما ينحفظ ولا يخاف هلاكه لم ينزع نصيب الغائب من يد المدعى عليه، لأن الغائب لم يدعه هو ولا وكيله فلم ينزع من يد من هو فى يده كما لو ادعى أحد الشريكين دارًا مشتركة بينه وبين أجنبى فإنه يسلم إلى المدّعى نصيبه ولا ينزع نصيب الغائب كذا ههنا.

ولنا: أنها تركة ميت ثبتت ببينة فوجب أن ينزع نصيب الغائب كالمنقول وكما لو كان أخوه صغيرًا أو مجنونًا، ولأن فيما قاله ضررًا، لأنه قد يتعذر على الغائب إقامة البينة وقد يموت الشاهدان أو يغيبان أو تزول عنهما عدالتهما ويعزل الحاكم فيضيع حقه فوجب أن يحفظ

36- مسألة: (وإن ادعى كل واحد منهما أنه باعنى إياه بألف وأقام بينة قدم أسبقهما تاريخًا لما ذكرنا، فإن لم تسبق إحداهما تعارضتا).

37- مسألة: (وإن قال أحدهما: غصبنى إياه وقال الآخر: ملكنيه أو أقر لى به، فإن أقام كل واحد منهما بينة فهو للمغصوب منه ولا يغرم للآخر شيئًا) لأنه لا تعارض بينهما لجواز أن يكون غصبه من هذا ثم ملكه الآخر، والله أعلم.

38- مسألة: (وإذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل إقرارها).

لأنها أقرت على نفسها وهى غير متهمة، لأنها لو أرادت ابتداء النكاح لم تمنع منه، فإن ادعاها اثنان فأقرت لأحدهما لم يقبل إقرارها، لأن الآخر يدعى ملك بضعها وهى معترفة أن ذلك قد ملك عليها فصار إقرارها بحق غيرها، ولأنها متهمة، فإنها لو أرادت ابتداء تزويج أحد المتداعيين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر، **فإن قيل:** فلو تداعيا عينًا فى يد ثالث فأقر لأحدهما قبل، **قلنا:** لا يثبت الملك بإقراره فى العين إنما يجعله كصاحب اليد فيحلف والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينفع الإقرار بها ههنا، فإن كان أحد المتداعيين له بينة حكم له بها، لأن البينة حجة فى النكاح وغيره وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطا وحيل بينهما وبينها ولا يرجح أحد المتداعيين بإقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها فى بيته ويده، لأن اليد لا تثبت على حرة ولا سبيل إلى القسمة ههنا ولا إلى القرعة، لأنه لا بد مع القرعة من اليمين ولا مدخل لها ههنا.

بانتزاعه كالمنقول ويفارق الشريك الأجنبى إجمالاً وتفصيلاً، أما الإجمال: فإن المنقول ينتزع فيه نصيب شريكه فى الميراث ولا ينتزع نصيب شريكه الأجنبى، وأما التفصيل: فإن البينة ثبت بها الحق للميت بدليل أنه يقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه، ولأن الأخ لا يشاركه فيما أخذه إذا تعذر عليه أخذ الباقى، فأما إن كان دينًا فى ذمة إنسان فهل يقبض الحاكم نصيب الغائب؟ فيه وجهان، **أحدهما**: يقبضه كما يقبض العين.

والثانى: لا يقبضه، لأنه إذا كان فى ذمة من هو عليه كان أحوط من أن يكون أمانة فى يد الأمين، لأنه لا يؤمن عليه التلف إذا قبضه، والأول أولى، لأنه فى الذمة أيضًا يعرض للتلف بالفلس والموت وعزل الحاكم وتعذر البينة، إذا ثبت هذا، فإننا إذا دفعنا إلى الحاضر نصف الدار أو الدين لم نطالبه بضمين، لأننا دفعناه بقول الشهود والمطالبة بالضمين طعن عليهم، قال أصحابنا: سواء كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا، ويحتمل أن لا تقبل شهادتهما فى نفى وارث آخر حتى يكونا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة، لأن من ليس من أهل المعرفة ليس جهله بالوارث دليلاً على عدمه، ولا يكتفى به، وهذا قول الشافعى، فعلى هذا تكون الدار موقوفة ولا يسلم إلى الحاضر نصفها حتى يسأل الحاكم ويكشف عن المواضع التى كان يطوفها ويأمر مناديًا ينادى إن فلانًا مات، فإن كان له وارث فليأت، فإذا غلب على ظنه أنه لو كان له وارث لظهر دفع إلى الحاضر نصيبه، وهل يطلب

باب فى تعارض البينتين

إذا قال لعبده: متى قتلت فأنت حر فادعى لعبد أنه قتل وأنكر الورثة فالقول قولهم، لأن الأصل عدم القتل فإن أقام بينة بدعواه عتق وإن أقام الورثة بينة بموته قدمت بينة العبد فى أحد الوجهين، لأنها تشهد بزيادة وهى القتل **والثانى**: يتعارضان، لأن إحداهما تشهد بضد ما شهدت به الأخرى فيبقى على الرق.

1- **مسألة: (وإن قال: إن مت فى المحرم فسالم حر، وإن مت فى صفر فغانم حر وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه بموجب عتقه قدمت بينة سالم فى أحد الوجوه).**

لأن معها زيادة علم فإنها أثبتت ما يجوز أن يختفى على البينة الأخرى **والثانى**: يتعارضان ويبقى العبد على الرق، لأنهما سقطا فصارا كمن لا بينة لهما، **والثالث**: يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة فأما إن لم تقم لواحد منهما بينة وأنكر الورثة فالقول قولهم، لأنه يجوز أن يموت فى غير هذين الشهرين، وإن أقروا لأحدهم عتق بإقرارهم، وكذلك إن أقام بينة.

2- **مسألة: (وإن قال: إن مت من مرضى هذا فسالم حر، وإن برئت فغانم حر فأقاما بينتين تعارضتا وبقيا على الرق، ذكره أصحابنا، والقياس أن يعتق أحدهما بالقرعة، ويحتمل أن يعتق غانم وحده، لأن بينته تشهد بزيادة).**

منه ضمينًا؟ يحتمل وجهين، وهكذا الحكم إذا كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة، ولكن لم يقولا ولا نعلم له وراثًا سواه، فإن كان مع الابن ذو فرض فعلى ظاهر المذهب يعطى فرضه كاملاً، وعلى هذا التخريج يعطى اليقين، فإن كانت له زوجة أعطيت ربع الثمن لجواز أن يكون له أربع نسوة، وإن كانت له جدة ولم يثبت موت أمه لم تعط شيئًا، وإن ثبت موتها أعطيت ثلث السدس لجواز أن يكون له ثلاث جدات ولا تعطى العصبة شيئًا، فإن كان الوارث أخًا لم يعط شيئًا لجواز أن يكون للميت وارث يحجبه، وإن كان معه أم أعطيت السدس عائلاً والمرأة ربع الثمن عائلاً والزوج الربع عائلاً، لأنه اليقين، فإن المسألة قد تعول مع وجود الزوج مثل أن يخلف أبوين وابنين وزوجًا، فإذا كشف الحاكم أعطى الزوج نصيبه وكمل لذوى الفروض فروضهم.

فصل: وإذا اختلف فى دار فى يد أحدهما فأقام المدعى بينة أن هذه الدار كانت أمس ملكه أو منذ شهر فهل تسمع هذه البينة ويقضى بها؟ على وجهين: **أحدهما**: تسمع ويحكم بها، لأنها تثبت الملك فى الماضى وإذا ثبت استديم حتى يعلم زواله.

والثانى: لا تسمع، قال القاضى: هو الصحيح، لأن الدعوى لا تسمع ما لم يدع المدعى الملك فى الحال فلا تسمع بينة على ما لم يدعه لكن إن انضم إلى شهادتهما بيان سبب يد الثانى وتعريف تعديها فقالا: نشهد أنها كانت ملكه أمس فقبضها هذا منه أو سرقها أو ضلت

إذا قال: إن مت من مرضى هذا فسالم حر، وإن برئت فغانم حر فمات وادعى كل واحد منهما موجب عتقه أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق، لأنه لا يخلو من أن يكون برأ أو لم يبرأ فيعتق أحدهما على كل حال ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعة كما لو أعتق أحدهما فأشكل علينا، ويحتمل أن يقدم قول سالم، لأن الأصل عدم البرء، وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فقال أصحابنا: يتعرضان ويبقى العبدان على الرق وهذا مذهب الشافعى، لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى وتثبت زيادة تنفيها الأخرى، وهذا قول لا يصح وهو ظاهر الفساد، لأن التعارض أثر فى إسقاط البينتين ولو لم يكونا أصلاً لعتق أحدهما فكذلك إذا سقطا، وذلك لأنه لا يخلو من إحدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده كما لو قال: إن كان هذا الطائر غرابًا فسالم حر، وإن لم يكن غرابًا فغانم حر ولم يعلم حاله، ولكن يحتمل وجهين: **أحدهما**: يقرع بينهما كما فى مسألة الطائر ولأن البينتين إذا تعارضتا قدمت إحداهما بالقرعة فى رواية، **والثانى**: تقدم بينة غانم، لأنها شهدت بزيادة وهى البرء، وإن أقر الورثة لأحدهم عتق بإقرارهم ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا إلا أن يشهد عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة فيعتق وحده إذا لم تكن للآخر بينة.

3- مسألة: (وإن أتلف ثوبًا فشهدت بينة أن قيمته عشرون وشهدت أخرى أن قيمته ثلاثون لزمته أقل القيمتين).

منه فالتقطها هذا، ونحو ذلك سمعت وقضى بها، لأنها إذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك، ولا تنافى بين ما شهدت به البينة وبين دلالة اليد لجواز أن تكون ملكه أمس ثم تنتقل إلى صاحب اليد فإذا ثبت أن سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلاً فوجب القضاء باستدامة الملك السابق، وإن أقر المدّعى عليه أنها كانت ملكًا للمدعى أمس أو فيما مضى سمع إقراره وحكم به فى الصحيح، لأنه حينئذ يحتاج إلى بيان سبب انتقالها إليه فيصير هو المدعى فيحتاج إلى البينة، ويفارق البينة من وجهين: **أحدهما:** أنه أقوى من البينة لكونه شهادة من الإنسان على نفسه ويزول به النزاع بخلاف البينة، ولهذا يسمع فى المجهول ويقضى به بخلاف البينة، **والثانى:** أن البينة لا تسمع إلا على ما ادّعاه، والدعوى يجب أن تكون معلقة بالحال، والإقرار يسمع ابتداء وإن شهدت البينة أنها كانت فى يده أمس ففى سماعها وجهان، وإن أقر المدعى عليه بذلك فالصحيح أنها تسمع ويقضى به لما ذكرنا.

فصل: وإن ادّعى أمة أنها له وأقام بينة فشهدت أنها ابنة أمته أو ادّعى ثمرة فشهدت له البينة أنها ثمرة شجرته لم يحكم له بها لجواز أن تكون ولدتها قبل تملكها وأثمرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه إياها، وإن قالت البينة: ولدتها فى ملكه أو أثمرتها فى ملكه حكم له بها، لأنها شهدت أنها نماء ملكه، ونماء ملكه ملكه ما لم يرد سبب ينقله عنه **فإن قيل:** فقد قلتم: لا تقبل شهادته بالملك السابق على الصحيح، وهذه شهادة بملك سابق **قلنا:** الفرق

وجملة ذلك أنه إذا شهد شاهد أنه غصبه ثوبًا قيمته درهمان وشهد آخر أن قيمته ثلاثة ثبت ما اتفقا عليه وهو درهمان فله أن يحلف مع الآخر على درهم، أنهما اتفقا على درهمين وانفرد أحدهما بدرهم فأشبه ما لو شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة، وإذا شهد شاهدان أن قيمته درهمان، وشاهدان أن قيمته ثلاثة ثبت له درهمان، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: له ثلاثة، لأنه قد شهد بها شاهدان وهما حجة فيؤخذ بهما كما يؤخذ بالزيادة فى الأخبار، وكما لو شهد شاهدان بألف وشاهدان بألفين، فإنه يجب له ألفان، قال القاضى: ويتوجه لنا مثل ذلك كما لو شهد له شاهدان بألف وشاهدان بخمسمائة.

ولنا: أن من شهد أن قيمته درهمان ينفى أن قيمته ثلاثة فقد تعارضت البينتان فى الدرهم ويخالف الزيادة فى الأخبار، فإن من يروى الناقص لا ينفى الزيادة، وكذلك من شهد بألف لا ينفى أن عليه ألفًا آخر، **فإن قيل:** فلم قلتم: إنه إذا شهد بواحدة من القيمتين شاهدان تعارضتا، وإن شهد شاهد لم يتعارضا، وكان له أن يحلف مع الشاهد بالزيادة عليها؟ **قلنا:** لأن الشاهدين حجة وبينة وإذا كملت من الجانبين تعارضت الحجتان لتعذر الجمع بينهما، أما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده، وإنما يصير حجة مع اليمين، فإذا حلف مع أحدهما كملت الحجة مع يمينه ولم يعارضها ما ليس بحجة كما لو شهد بأحدهما شاهدان وبالآخر شاهد واحد.

بينهما على تقدير التسليم أن النماء تابع للملك فى الأصل فإثبات ملكه فى الزمن الماضى على وجه التبع وجرى مجرى ما لو قال: ملكته منذ سنة وأقام البينة بذلك، فإن ملكه يثبت فى الزمن الماضى تبعًا للحال ويكون له النماء فيما مضى، ولأن البينة هاهنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها أو وجودها فى ملكه فقويت بذلك، ولهذا لو شهدت بالسبب فى الزمن الماضى فقالت: أقرضه ألفًا أو باعه ثبت الملك، وإن لم يذكره فمع ذكره أولى.

وإن شهدت له البينة أن هذا الغزل من قطنه، وهذا الدقيق من حنطته أو أن هذا الطائر من بيضته حكم له به، وإن لم يضفه إلى ملكه، لأن الغزل عين القطن، وإنما تغيرت صفته، والدقيق أجزاء الحنطة تفرقت، والطير هو أجزاء البيضة استحال، وكأن البينة قالت: هذا غزله ودقيقه وطيره، وليس كذلك بالولد والثمرة، فإنهما غير الأم والشجرة، ولو شهد أن هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقولا: باضها فى ملكه، لأن البيضة غير الطير وإنما هى من نمائه فهى كالولد، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كما ذكرنا.

فصل: وإذا كانت فى يد زيد دار فادعاها عمرو وأقام بينة أنه اشتراها من خالد بثمن مسمى نقده إياه أو أن خالدًا وهبه تلك الدار لم تقبل بينته بهذا حتى يشهد أن خالدًا باعه إياها أو وهبها له وهو يملكها أو يشهد أنها دار عمرو اشتراها من خالد أو يشهد أنه باعها أو وهبها له وسلمها إليه، وإنما لم تسمع البينة بمجرد الشراء والهبة، لأن الإنسان قد يبيع ما لا يملكه

4- **مسألة:** (ولو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها: ماتت فورثناها ثم مات ابنى فورثته وقال أخوها: بل مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه، وكان ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وسقطتا أيضًا، وقياس مسائل الخرقى أن يجعل للأخ سدس مال الابن والباقى للزوج).

وجملة ذلك أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضًا واختلف الأحياء من ورثتهم فى السابق بالموت فى المسألة المذكورة فقال الزوج: ماتت المرأة أولاً فصار ميراثها كله لى ولابنى ثم مات ابنى فصار ميراثه لى، وقال أخوها: مات ابنها أولاً فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثها بينى وبينك نصفين حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وجعلنا ميراث كل واحد منهم للأحياء من ورثته دون من مات معه، لأن سبب استحقاق الحى من موروثه موجود وإنما يمتنع لبقاء موروث الآخر بعده، وهذا الأمر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لأبيه لا مشارك له فيه، وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين، وهذا مذهب الشافعى، **فإن قيل:** فقد أعطيتم الزوج النصف وهو لا يدعى إلا الربع **قلنا:** بل هو مدع لجميعه ربعه بميراثها منه وثلاثة أرباعه بميراثه من أبيه، قال أبو بكر: قد ثبتت النبوة بيقين فلا يقطع ميراث الأب فيه إلا ببينة تقوم للأخ، وهذا تعليل لقول الخرقى فى

ويهبه فلا تقبل شهادتهم به، فإن انضم إلى ذلك الشهادة للبائع بالملك أو شهدوا للمشترى بالملك أو شهدوا بالتسليم فقد شهدوا بتقديم اليد أو بالملك للمدّعى أو لمن باعه فالظاهر أنه ملكه، لأن اليد تدل على الملك وهذا مذهب الشافعى، وإنما قبلناها وهى شهادة بملك ماض، لأنها شهدت بالملك مع السبب، والظاهر استمراره بخلاف ما إذا لم يذكر السبب.

فصل: وإذا كان فى يد رجل طفل لا يعبر عن نفسه فادّعى أنه مملوكه قبلت دعواه ولم يحل بينه وبينه، لأن اليد دليل الملك، والصبى ما لم يعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والمتاع إلا أن يعرف أن سبب يده غير الملك مثل أن يلتقطه فلا تقبل دعواه لرقه، لأن اللقيط محكوم بحريته وأما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض فيحكم برقه، فإذا بلغ فادّعى الحرية لم تقبل دعواه، لأنه محكوم برقه قبل دعواه، وإن لم يدع ملكه لكنه كان يتصرف فيه بالاستخدام وغيره فهو كما لو ادّعى رقه ويحكم له برقه، لأن اليد دليل الملك فإن ادعى أجنبى نسبه لم يقبل لما فيه من الضرر على السيد، لأن النسب مقدم على الولاء فى الميراث فإن أقام البينة بنسبه ثبت ولم يزل الملك عنه، لأنه يجوز أن يكون ولده وهو مملوك بأن يتزوج بأمة أو يسبى الصغير ثم يسلم أبوه إلا أن يكون الأب عربيًا فلا يسترق ولده فى رواية وهو قول الشافعى القديم وإن أقام بينة أنه ابن حرة، فهو حر لأن ولد الحرة لا يكون إلا حرًا وإن كان الصبى مميزًا يعبر عن نفسه فادّعى من هو فى يده رقه ولم يعرف تقدم اليد عليه قبل

هذه المسألة وذكر قولاً آخر يحتمل أن الميراث بينهما نصفين، قال شيخنا: وهذا ما يدرى ما أراد به إن أراد أن مال المرأة بينهما نصفين لم يصح، لأنه يفضى إلى إعطاء الأخ ما لا يدعيه ولا يستحقه يقينًا، لأنه لا يدعى من مال الابن أكثر من سدسه ولا يمكن أن يستحق أكثر منه، وإن أراد أن ثلث مال الابن يضم إلى مال المرأة فيقسمانه نصفين لم يصح، لأن نصف ذلك إلى الزوج باتفاق منهما لا ينازعه الأخ فيه، وإنما النزاع بينهما فى نصفه، ويحتمل أن يكون هذا مراده كما لو تنازع رجلان دارًا فى أيديهما فادعاها أحدهما كلها، وادعى الآخر نصفها، فإنها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعى النصف إلا أن الفرق بين هذه المسألة وتلك أن الدار فى أيديهما فكل واحد منهما فى يده نصفها فمدعى النصف يدعيه وهو فى يده فقبل قوله فيه مع يمينه، وفى مسألتنا يعترفان أن هذا ميراث عن البنين فلا يد لأحدهما عليه لاعترافهما بأنه لم يمكن لهما، وإنما هو ميراث يدعيانه من غيرهما، وإن أراد أن سدس مال الابن يضم إلى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه، لأنهما تساويا فى دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة فى أيديهما، وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به، والذى يقتضيه قول أصحابنا فى الغرقى والهدمى أن يكون سدس الابن للأخ وباقى ميراثهما للزوج، لأنا نقدر أن المرأة ماتت أولاً فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الابن فورثه أبوه وهو الزوج فصار ميراثها كله لزوجها ثم تقدر أن الابن مات أولاً فورثه أبواه لأمه الثلث ثم

تمييزه إلا أننا إن رأيناه فى يده وهما يتنازعان ففيه وجهان: **أحدهما**: لا يثبت ملكه عليه، لأنه معرب عن نفسه ويدّعى الحرية أشبه البالغ، **والثانى**: يثبت ملكه عليه لأنه صغير ادّعى رقه وهو فى يده فأشبه الطفل فأما البالغ إذا ادّعى رقه فأنكر لم يثبت رقه إلا ببينة وإن لم تكن بينة فالقول قوله مع يمينه فى الحرية، لأنها الأصل وهذا الفصل بجميعه مذهب الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى إلا أن أصحاب الرأى قالوا متى أقام إنسان بينة أنه ولده ثبت النسب والحرية لأن ظهور الحرية فى ولد الحر أكثر من احتمال الرق الحاصل باليد لا سيما إذا لم يعرف من الرجل كفر ولا تزوج بأمة فلا ينفى احتمال الرق وهذا القول هو الصواب إن شاء الله.

فصل: وإن ادّعى اثنان رق بالغ فى أيديهما فأنكرهما فالقول قوله مع يمينه وإن اعترف لهما بالرق ثبت رقه فإن ادّعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة: يكون بينهما نصفين، لأن يدهما عليه فأشبه الطفل والثوب.

ولنا: أنه إنما حكم برقه باعترافه فكان مملوكًا لمن اعترف له كما لو لم تكن يده عليه ويخالف الثوب والطفل فإن الملك حصل فيهما باليد وقد تساويا فيه وههنا حصل بالاعتراف وقد اختص به أحدهما فكان مختصًا به، فإن أقام كل واحد منهما بينة أنه مملوكه تعارضتا وسقطتا ويقرع بينهما أو يقسم بينهما على ما مضى من التفصيل فيه، فإن قلنا بسقوطهما ولم

ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحد منهما السدس فلم يرث الأخ إلا سدس مال الابن كما ذكرنا قال شيخنا: ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما واتفق ورائهما على الجهل به والقولان المتقدمان قول الخرقى وقول أبى فيما إذا ادعى ورثة كل ميت أنه مات أخيرًا وأن الآخر مات قبله فإن كان لأحدهما بينة بما ادعاه حكم له بها وأن أقاما بينتين تعارضتا وهل يسقطان أو يقرع بينهما أو يقسمان ما اختلفا فيه؟ يخرج على الروايات الثلاث.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: (إذا شهدت بينة على ميت أنه وصى بعتق سالم وهو ثلث ماله وشهدت بينة آخرى أنه وصى بعتق غانم وهو ثلث ماله أقرع بينهما فمن تقع له القرعة عتق دون صاحبه إلا أن يجيز الورثة، لأن الوصيتين ثبتا بشهادة العدول فهما سواء فيقرع بينهما سواء اتفق تاريخهما أو اختلف، لأن الوصية يستوى فيهما المتقدم والمتأخر فمن خرجت له القرعة عتق جميعه).

وقال أبو بكر وابن أبى موسى يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعة، لأن القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما عبدًا والآخر حرًا ولا كذلك ههنا فيجب أن يقسم بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو أوصى لاثنين بمال والأول قياس المذهب، لأن الإعتاق بعد الموت كالإعتاق فى مرض الموت وقد ثبت فى الإعتاق فى مرض الموت أنه

يعترف لهما بالرق فهو حر، وإن اعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له، وإن أقر لهما معًا فهو بينهما، لأن البينتين سقطتا وصارتا كالمعدومتين، فإن قلنا بالقرعة أو القسمة فأنكرهما لم يلتفت إلى إنكاره وإن اعترف لأحدهما لم يلتفت إلى اعترافه، لأن رقه ثابت بالبينة فلم تبق له يد على نفسه كما قلنا فيما إذا ادّعى رجلان دارًا في يد ثالث وأقام كل واحد منهما بينة أنها ملكه واعترف أنها ليست له ثم أقر أنها لأحدهما لم يرجح إقراره.

فصل: ولو كان في يده صغيرة فادّعى نكاحها لم يقبل منه ولا يخلى بينها وبينه ولو ادّعى رقها قبل منه إذا كانت طفلة لا تعبر عن نفسها، لأن اليد دليل الملك، وأما المدعى للنكاح فهو مقر بحريتها أو بأنها غير مملوكة له، واليد لا تثبت على الحر، فإذا كبرت فاعترفت له بالنكاح قبل إقرارها.

فصل: ولو ادعى ملك عين وأقام به بينة وادّعى آخر أنه باعها منه أو وهبها إياه أو وقفها عليه أو ادعت امرأته أنه أصدقها إياها أو أعتقها وأقام بذلك بينة قضى له بها بغير خلاف نعلمه، لأن بينة هذا شهدت بأمر خفى على البينة الأخرى والبينة الأخرى، شهدت بالأصل فيمكن أنه كان ملكه ثم صنع به ما شهدت به البينة الأخرى، ولو مات رجل وترك دارًا فادعى ابنه أنه خلفها ميراثًا وادعت امرأته أنه أصدقها إياها وأقاما بذلك بينتين حكم بها للمرأة، ولأنها تدّعى أمرًا زائدًا خفى على بينة الابن وسواء شهدت البينة بالشراء وما فى معناه بأنه باع

يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين كذلك بعد الموت، ولأن المعنى المقتضى فى أحدهما فى الحياة موجود بعد الممات فيثبت فأما إن صرح فقال: إذا مت فنصف كل واحد من سالم وغانم حر أو كان فى لفظه ما يقتضيه أو دلت عليه قرينة ثبت ما اقتضاه وإن جاز الورثة عتقهما عتقا، لأن الحق لهم فأشبه ما لو أعتقوهما بعد موته.

5- مسألة: (وإن شهدت بينة سالم أنه رجع عن عتق غانم عتق سالم وحده سواء كانت بينته وارثة أو لم تكن) .

لأنهما لم يجران بشهادتهما إلى أنفسهما نفعا ولا يدفعان عنها ضررًا **فإن قيل:** فهما يثبتان لأنفسهما ولاء سالم **قلنا:** وهما يسقطان ولاء غانم أيضًا على أن الولاء إنما هو إثبات سبب الميراث ومثل ذلك لا ترد الشهادة فيه كما يثبت النسب بالشهادة وإن كان الشاهد يجوز أن يرث المشهود له وتقبل شهادته لأخيه بالمال وإن جاز أن يرثه.

6- مسألة: (وإن كانت قيمة غانم سدس المال وبينته أجنبية قبلت) .

لأنها بينة غير متهمة فتقبل شهادتها كما لو كانت قيمة ثلث المال، وإن كانت بينته وارثة عتق العبدان، لأن البينة الوارثة متهمة فى شهادتها لكونها ترد إلى الرق من كثرت قيمته وترد شهادتها في الرجوع كما لو كانت فاسقة ويعتق سالم كله بالبينة العادلة ويعتق غانم، لأن سالمًا لما عتق بشهادة الأجنبيين صار كالمغصوب فصار غانم ربع التركة فيعتق جميعه لنقصه

ملكه أو ما فى يده أو لم تشهد بذلك، وسواء شهدت بالبيع والقبض أو لم تذكر القبض، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يثبت الملك للمشترى ولا تزال يد البائع إلا أن تشهد البينة بأنه باع ملكه أو ما فى يده، لأن البيع المطلق ليس بحجة لأنه قد يبيع ما لا يملك.

ولنا: أن بينة البائع أثبتت الملك له فإذا أقامت بينة الشراء عليه كانت حجة عليه فى إزالة ملكه عنها إلى المشترى فوجب القضاء له بها، ولو ادعى إنسان دارًا فى يد رجل أنها لى منذ سنة وأقام بهذا بينة فجاء ثالث فادّعى أنه اشتراها من مدّعيها منذ سنتين وأقام بهذا بينة ثبت لمدّعى الشراء وليس فى شهادة البينة الأولى أنه تملكها منذ سنة ما يبطل أنها له منذ سنتين، لأنه لا تنافى بين ملكها منذ سنتين وملكها منذ سنة، فإن المالك منذ سنتين يستمر ملكه فى السنة الثانية، فإن قالت بينة الشراء: هو مالكها ثبت الملك بغير خلاف، وإن لم نقل ذلك كان فيه من الخلاف ما قد ذكرناه.

فصل: ولو ادّعى رجل ملك دار فى يد آخر وادّعى صاحب اليد أنها فى يده منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه فهى لمدعى الملك بلا خلاف نعلمه، لأنه لا تنافى بين الدعوتين ولا البينتين، لأنها قد تكون ملكًا له وهى فى يد الآخر، وإن ادّعى دابة أنها له منذ عشر سنين، وأقام بهذا بينة فوجدت الدابة لها أقل من عشر سنين فالبينة كاذبة، والدابة لمن هى فى يده.

عن ثلث الباقى، لأن الباقى يصير كأنه التركة جميعها وإنما يعتق بإقرارهم لا بشهادتهم، قال أبو بكر: ويحتمل أن يقرع بينهما، فإن خرجت القرعة لسالم عتق وحده وإن خرجت لغانم عتق هو ونصف سالم كما لو لم تشهد بالرجوع، فإن الشهادة بالرجوع لم تقبل فكان وجودها كعدمها، فإنه فى هذه الصورة يعتق فيها ثلث المال وتكمل فى أحدهما، فإذا وقعت القرعة لسالم عتق جميعه، لأنه ثلث المال، وإن وقعت لغانم عتق جميعه ونصف سالم، لأن ذلك ثلث المال.

7- مسألة: (وإن شهدت بينة أنه أعتق سالمًا فى مرضه وشهدت أخرى أنه وصى بعتق غانم وكل واحد منهما ثلث المال عتق سالم وحده).

لأنه لا ينفذ تصرفه فى مرضه إلا فى الثلث إذا لم تجز الورثة وعتق سالم منجز وعتق غانم وصية فيقدم عتق سالم على الوصية.

8- مسألة: (وإن شهدت بينة غانم أنه أعتقه فى مرضه أيضًا عتق أقدمهما تاريخًا، فإن جهل السابق عتق أحدهما بالقرعة).

وجملة ذلك أنه إذا ادعى سالم أنه أعتقه فى مرض موته وادعى عبده **غانم** أنه أعتقه فى مرض موته وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه فلا تعارض بينهما، لأن ما شهدت به كل بينة لا ينفى ما شهدت به الأخرى ولا يكذبها فيثبت إعتاقه لهما فإن كانت البينتان مؤرختين بتاريخين

فـصـل: وإذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بألف وشـهد أحدهما أنه قضاه ثبت الإقرار، فـإن حلف مع شاهده على القضاء ثبت وإلا حـلف المقر له أنه لم يقضـه ويثبت له الألف، وإن شهد أحـدهما أن له عليه ألفًا وشهـد الآخر أنه قضاه ألفًا لـم تثبت عليه الألف، لأن شاهد القضاء لم يشـهد بألف عليه، وإنما تضمنت شهادته أنها كـانت عليه، والشهادة لا تقبل إلا صريحة بخـلاف المسألة الأولى، فإن البينة أثبتت الألف بشهادتهـا الصريحة بها ولو ادّعى أنه أقرضه ألفًا فقال: لا يستحق على شيئًا فأقام بينه بالقرض، وأقام المدعى عليه بينة أنه قضاه ألفًا ولم يعرف التاريخ برئ بالقضاء، لأنه لم يثبت عليه إلا ألف واحد ولا يكون القضاء إلا لما عليه فلهـذا جعل القضاء للألف الثابتـة وإن قال: ما أقرضتنى ثم أقـام بينة بالقضاء لم تقبل بينته فى أنه قضاه للقرض، لأنه بإنكاره القرض تعـين صرفها إلى قضاء غيره ولو لم ينكر القرض إلا أن بينة القضـاء كانت مؤرخة بتاريخ سـابق على القرض لم يجز صرفهـا إلى قضاء القرض، لأنه لا يقضى القرض قبل وجوده.

١٩٣٩- مسألة: قال: (ولو مات رجل وخلف ولدين مسلمًا وكافرًا فادعى المسلم أن أباه مات مـسلمًا وادّعى الكافـر أن أباه مات كافـرًا فالقول قـول الكافر مع يميـنه لأن المسلم باعترافه بأخوة الكافر يعترف بأن أباه كان كافرًا مدعيًا لإسلامه وإن لم يعترف بأخوة الكافر ولم تكن بينة بأخوته كان الميراث بينهما نصفين لتساوى أيديهما).

مختلفين عـتق الأول منهما ورق الثانى إلا أن يجيز الورثة، لأن المريض إذا تبرع تـبرعًا يعجز ثلثه قـدم الأول فالأول، وإن اتفق تاريخهمـا أو أطلقتا أو إحداهمـا فهما سـواء، لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى فيـستويان ويقرع بينهما فيعتـق من تخرج له القرعة ويرق الآخر إلا أن يجيز الورثة، لأنه لا يخلو إمـا أن يكون أعتقهما مـعًا فيقرع بينهما كـما فعل النبى ﷺ فى العبيـد الستة الذين أعتقهم سـيدهم عند موته ولم يكن له مال سواهم أو يكون أعـتق أحدهما قبل صاحبه وأشكل علينا فيخرج بالقرعة كما فى مسألة الطائر وقيل يعتق من كل واحد نصفه.

وهو قول الشافعى، لأنه أقرب إلى التعديل منهما فإن فى القرعة قد يرق السابق المستحق للعتق ويـعتق الثانى المـستـحق للرق، وفى القسمـة لا يخلو المسـتحق للعـتق من حرية ولا المستحق للرق من رق ولذلك قـسمنا المختلف فيه على إحدى الـروايتين إذا تعارضت بينتان والأول المذهب، لأنه لا يخلو منه شبـهة بإحدى الصورتين اللتين ذكرناهمـا والقرعة ثابتة فى كل واحد منهمـا وقولهم: إن فى القرعة احتـمال إرقاق الحر قلنا: وفى القسـمة إرقاق نصف الحر يقينًا وتحرير نصف الرقيق يقينًا وهو أعظم ضررًا.

9- مسألة: فإن كانت بينة أحدهما وارثة ولم تـكذب الأجنبية فكذلك وإن قالت: ما أعتق سالمًا إنما أعتق غانمًا عـتق غانم كله، وحكم سالم كحكمه لو لم يطعن فى بينته فى أنه يعتق إن تقدم تاريخ عتـقه أو خرجت له القرعة وإلا فلا، وإن كانـت الوارثة فاسقة ولم تطعن

وجملته: أنه إذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركة وابنين يعترفان أنه أبوهما أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وأن الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر، لأن دعوى المسلم لا تخلو من أن يدّعى كون الميت مسلمًا أصليًا فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتدًا، وهذا خلاف الظاهر، فإن المرتد لا يقر على ردته فى دار الإسلام أو يقول إن أباه كان كافرًا فأسلم قبل موته فهو معترف بأن الأصل ما قاله أخوه مدع زواله وانتقاله، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله، وهذا معنى قول الخرقى إن المسلم باعترافه بأخوة الكافر معترف أن أباه كان كافرًا مدّعيًا لإسلامه، وذكر ابن أبى موسى عن أحمد رواية أخرى أنهما فى الدعوى سواء فالميراث بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عينًا فى أيديهما، ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما وهو قول أبى حنيفة، لأن الدار دار الإسلام يحكم بإسلام لقيطها ويثبت للميت فيها إذا لم يعرف أصل دينه حكم الإسلام فى الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على أكفان موتى المسلمين، ولأن هذا حكمه حكم الموتى المسلمين فى تغسيله والصلاة عليه ودفنه فى مقابر المسلمين وسائر أحكامه فكذلك فى ميراثه، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتدًا لم تثبت عند الحاكم ردته ولم ينته إلى الإمام خبره وظهور الإسلام بناء على هذا أكثر من ظهور الكفر بناء على كفر أبيه، ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين فيما عدا

فى بينة سالم عتق سالم كله وينظر فى بينة غانم، فإن كان تاريخ عتقه سابقًا أو خرجت القرعة له عتق كله، وإن كان متأخرًا أو خرجت القرعة لسالم لم يعتق منه شىء، وقال القاضى: يعتق من غانم نصفه، وإن كذبت بينة سالم عتق العبدان.

وجملة ذلك أن المريض إذا خلف ابنين لا وارث له سواهما فشهد أنه أعتق سالمًا فى مرض موته وشهد أجنبيان أنه أعتق غانمًا فى مرض موته وكل واحد ثلث ماله ولم يطعن الاثنان فى شهادتهما وكانت البينتان عادلتين فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانتا أجنبيتين سواء، لأنه قد ثبت أن الميت أعتق العبدين، وإن طعن الاثنان فى شهادة الأجنبيتين وقالا: ما أعتق غانمًا إنما أعتق سالمًا لم يقبل قولهما فى رد شهادة الأجنبية، لأنها بينة عادلة مثبتة والأخرى نافية وقول المثبت يقدم على قول النافى ويكون حكم ما شهدت به إذا لم تطعن الوارثة فى شهادتها أنه يعتق إن تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة ويرق إذا تأخر تاريخه أو خرجت القرعة لغيره، وأما الذى شهد به الابنان فيعتق كله لإقرارهما بإعتاقه وحده واستحقاقه الحرية.

وهذا قول القاضى، وقيل: يعتق ثلثاه إن حكم بعتق سالم وهو ثلث الباقى، لأن العبد الذى شهد به الأجنبيان كالمغصوب من التركة والذاهب من التركة بموت أو تلف فيعتق ثلث الباقى وهو ثلثا غانم والأول أصح لأن المعتبر خروجه من الثلث حال الموت وحال الميت فى قول الابنين لم يعتق سالم إنما عتق بالشهادة بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت

المتنازع فيه وقال القاضى: قياس المذهب أنا ننظر فـإن كانت التركة فى أيديهما قسمت بينهما نصفين وإن لم تكن فى أيديهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف واستحق، كما قلنا فيما إذا تداعيا عـينًا ويقتضى كلامه أنـها إذا كانت فى يد أحدهما فـهى له مع يمينه، وهذا لا يصلح، لأن كل واحد منهمـا يعترف أن هذه التركة تركة هذا الميـت وأنه إنما يستحقهـا بالميراث فلا حكم ليـده، وقال أبو الخطاب: يحـتمل أن يقف الأمر حـتى يعرف أصل دينه أو يصـطلحا، وهذا قول الشافعى.

ولنا: ما ذكـرناه من الدليل على ظهـور كفره وعند ذلك يتـعين التـرجيح لقـوله وصرف الميراث إليـه وأما ظهور حكم الإسلام فى الصلاة عليـه فلأن الصلاة لا ضرر فيـها على أحد وكذلك تغسيله ودفنه، وأما قـوله: إن الإسلام يعلو ولا يعلى، فإنما يعلو إذا ثبت والنزاع فى ثبوته وهذا فيمـا إذا لم يثبت أصل دينه فأما إن ثبت أصل دينه فالقول قـول من ينفيه عليه مع يمينه، وهذا قول الشافعى وأبى ثور وابن المنذر، وقال أبو حنيفة: القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا فى التى قبلها.

ولنا: أن الأصل بقاء ما كان عليـه وكان القول قول من يدّعيه كسـائر المواضع فأما إن لم يعترف المسلم بأخـوة الكافر وادعى كل واحد منهما أن الميت أبوه دون الآخر فـهما سواء فى الدعوة لتساوى أيديهما ودعاويهما، فإن المسلم والكافر فى الدعوى سواء ويقسم ميراثه نصفين

سيده فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل مـوته فإن كان الاثنان فاسقين ولم يردا شهادة الأجنبية ثبت العتق لسالم ولم يزاحمه من شهد له الاثنان لفسقهما فلا يقبل قولهما فى إسقاط حق ثبت ببينة عادلة، وقد أقر الابنان بعتق غانم فينظر فإن تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فمن خرجت له القـرعة عتق كله كمـا قلنا فى التى قبلها وإن تأخر تـاريخ عتقه أو خرجـت القرعة لغيره لم يعتق منه شىء، لأن الاثنين لو كانا عدلين لم يعـتق منه شىء فإذا كانا فاسقين أولى، وقال القـاضى وبعض أصحاب الشافـعى: يعتق نصفـه فى الأحوال كلها، لأنه استـحق العتق بإقرار الورثة مع ثبـوت عتق الآخر بالبـينة العادلة فصـار بالبينة كأنه أعتق الـعبدين فيـعتق منه نصفه.

قال شيخنا: وهذا لا يصح، فإنه لو أعتق العبدين لأعتقنا أحدهما بالقرعة، ولأنه فى حال تقديم تاريخ من شـهدت له البينة لا يعتق منه شىء وكـانت بينة عادلة فمع فسـوقها أولى وإن كذبت الوارثة الأجنبية فقالت: ما أعتق سالمًا إنـما غانمًا عتق العبدان، وقيل: من غانم ثلثاه، والأول أولى.

فـصـل: إذا شهد عدلان أجنبيان أنه وصى بعـتق سالم وشهد عدلان وارثان أنه رجع عن الوصية بعتق سالم ووصى بعتق غانم وقيمتهما سـواء أو كانت قيمة غانم أكثر قبلت شهادتهما وبطلت وصية عتق سالم وقد ذكرناه، فإن كان الوارثان فـاسقين لم تقبل شهادتهما فى الرجوع

كما لو كان فى أيديهما دار فادعاها كل واحد منهما ولا بينة لهما ويحتمل أن يقدم قول المسلم لما ذكرنا، والله أعلم.

١٩٤٠ - مسألة: قال: (**وإن أقام المسلم بينة أنه مات مسلمًا، وأقام الكافر بينة أنه مات كافرًا أسقطت البينتان وكانا كمن لا بينة لهما، وإن قال شاهدان: نعرفه كان كافرًا وقال شاهدان: نعرفه كان مسلمًا فالميراث للمسلم، لأن الإسلام يطرأ على الكفر إذا لم يؤرخ الشهود معرفتهم**).

وجملة ذلك: أنه إذا خلف الميت ولدين مسلمًا وكافرًا فادّعى المسلم أنه مات مسلمًا وأقام بذلك بينة وأقام الكافر بينة من المسلمين أنه مات كافرًا ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان، وإن عرف أصل دينه نظرنا فى لفظ الشهادة.فإن شهدت كل واحدة منهما أنه كان آخر كلامه التلفظ بما شهدت به فهما متعارضتان، وإن شهدت إحداهما أنه مات على دين الإسلام وشهدت الأخرى أنه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدّعى انتقاله عن دينه، لأن المبقية له على أصل دينه ثبتت شهادتها على الأصل الذى تعرفه، لأنهما إذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما أن يشهدا أنه مات على دينه الذى عرفاه والبينة الأخرى معها علم لم تعلمه الأولى فقدمت عليها كما لو شهدا بأن هذا العبد كان ملكًا لفلان إلى أن مات وشهد آخران أنه أعتقه أو باعه قبل موته قدمت بينة العتق والبيع، فأما إن قال شاهدان: نعرفه قبل موته قد كان مسلمًا وقال شاهدان: نعرفه كان كافرًا، نظرنا فى تاريخهما، فإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين عمل بالآخرة منهما، لأنه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الأولى إلى ما شهدت به الآخرة، وإن كانتا مطلقتين أو إحداهما مطلقة قدمت بينة المسلم لأن المسلم

ويلزمهما إقرارهما لغانم فيعتق سالم بالبينة العادلة ويعتق غانم بإقرار الورثة بالوصية بإعتاقه وحده، وذكر القاضى وأصحاب الشافعى: أنه إنما يعتق ثلثاه، لأنه لما أعتق سالم بشهادة الأجنبيين صار كالمغصوب فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة.

ولنا: أن الوارثة تقر بأنه حين الموت ثلث التركة وإن عتق سالم إنما كان بشهادتهما بعد الموت فصار كالمغصوب بعد الموت ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه، وقد ذكر القاضى فيما إذا شهدت بينة عادلة بإعتاق سالم فى مرضه ووارثة فاسقة بإعتاق غانم فى مرضه وأنه لم يعتق سالمًا أن غانمًا يعتق كله وهذا مثله، فأما إن كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم فالوارثة متهمة لكونها ترد إلى الرق من كثرت قيمته فترد شهادتهما فى الرجوع كما ترد شهادتهما بالرجوع عن الوصية بعتق سالم ويعتق غانم كله أو ثلث الباقى على ما ذكرنا من الاختلاف فيما إذا كانت فاسقة فإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصية بعتق غانم وهى بينة عادلة ثبتت الوصيتان سواء كانت قيمتهما سواء أو مختلفة إن خرجا من الثلث، وإن لم يخرجا من الثلث أقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة ويعتق تمام الثلث من الآخر سواء تقدمت إحدى الوصيتين عن الأخرى أو استوتا، لأن المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء.

المسلم لا يقر على الكفر فى دار الإسلام وقد يسلم الكافر فيقر وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد نظرت فى شهادتهما فإن كانت على اللفظ فهما متعارضتان، وإن لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان، وإن عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه وكل موضع تعارضت البينتان فقال الخرقى: تسقط البينتان ويكونان كمن لا بينة لهما، وقد ذكرنا روايتين أخرتين: **إحداهما:** يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذ، **والثانية:** تقسم بينهما، ونحو هذا، قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: تقدم بينة الإسلام على كل حال، وقد مضى الكلام معه، وقول الخرقى فيما إذا قال شاهدان: نعرفه كان مسلمًا وقال شاهدان: نعرفه كان كافرًا، محمول على من لم يعرف أصل دينه أو علم أن أصل دينه الكفر، أما من كان مسلمًا فى الأصل فينبغى أن تقدم بينة الكفر، لأن بينة الإسلام يجوز أن تستند إلى ما كان عليه فى الأصل.

فصل: وإن خلف ابنًا مسلمًا وأخًا كافرًا فاختلفا فى دينه حال الموت فالحكم فيها كالتى قبلها، وهكذا سائر الأقارب إلا أن يخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين أو غيرهما من الأقارب ويختلفون فى دينه، فإن كون الأبوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه، لأن الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه فثبت أنه كان كافرًا وأن الابنين يدعيان إسلامه فيكون القول قول الأبوين، وإن كانا مسلمين فالقول قولهما فى إسلامه، لأن كفره ينبنى على أنه كان مسلمًا فارتد أو أن أبويه كانا كافرين فأسلما بعد بلوغه، والأصل خلافه.

فصل: ولو شهدت بينة عادلة أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهدت بينة أخرى أنه رجع عن الوصية لزيد ووصى لعمرو بثلث ماله وشهدت بينة ثالثة أنه رجع عن الوصية لعمرو ووصى لبكر بثلث ماله صحت الشهادة كلها وكانت الوصية لبكر سواء كانت البينات من الورثة أو لم تكن، لأنه لاتهمة فى حقهم، وإن كانت شهادة البينة الثالثة أنه رجع عن إحدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة، لأنه قد ثبت بالبينة الثانية أنه رجع عن الوصية لزيد وهى إحدى الوصيتين، فعلى هذا تثبت الوصية لعمرو، وإن كانت البينة شهدت بالوصية لعمرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة برجوعه عن إحدى الوصيتين لا بعينها فقال القاضى: لا تصح الشهادة وهو مذهب الشافعى، لأنهما لم يعينا المشهود عليه وتصير كما لو قالا: نشهد أن لهذا على هذين ألفًا أو أن لأحد هذين على هذا ألفًا فيكون الثلث بين الجميع أثلاثًا، وقال أبو بكر: قياس قول أبى عبد الله أنه يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة بالرجوع عن وصيته بطلت وهذا قول ابن أبى موسى وإذا صح الرجوع عن أحدهما بغير تعيين صحت الشهادة به لذلك ووجه ذلك أن الوصية تصح بالمجهول وتصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت فى الرجوع من غير تعيين الرجوع عن وصيته.

فصل: إذا شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلث ماله، وشهد واحد أنه وصى لعمرو بثلث

فصل: ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها، وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت فادعت أنها أسلمت قبل موته فأنكرها الورثة فالقول قول الورثة، لأن الأصل عدم ذلك، وإن لم يثبت أنها كافرة فادّعى عليها الورثة أنها كانت كافرة فأنكرتهم فالقول قولها، لأن الأصل عدم ما ادعوه عليها، وإن ادّعوا أنه طلقها قبل موته فأنكرتهم فالقول قولها وإن اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنه راجعها فالقول قولهم، وإن اختلفوا فى انقضاء عدتها فالقول قولها فى أنها لم تنقض، لأن الأصل بقاؤها ولا نعلم فى هذا كله خلافًا، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وأبو ثور: ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على أن أحدهما كان مسلمًا حين موت أبيه وادعى الآخر أنه أسلم فى حياة أبيه وجحده أخوه فالميراث للمتفق عليه، لأن الأصل بقاء الكفر إلى أن يعلم زواله وعلى أخيه اليمين ويكون على نفى العلم، لأنها على نفى فعل أخيه إلا أن يكون ثبت أنه كان مسلمًا قبل القسمة، فإن من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له وإن كان أحدهما حرّا والآخر رقيقًا ثم عتق واختلفا فى حريته عند الموت فالقول قول من ينفيها، وإن لم يثبت أنه كان رقيقًا ولا كافرًا فادّعى عليه أنه كان كذلك فأنكر فالقول قوله والميراث بينهما، لأن الأصل الحرية والإسلام وعدم ما سواهما.

فصل: وإن أسلم أحد الابنين فى غرة شعبان، وأسلم الآخر فى غرة رمضان واختلفا فى موت أبيهما فقال الأول منهما: مات فى شعبان فورثته وحدى، وقال الآخر: مات فى رمضان فالميراث بينهما، لأن الأصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها فإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه

ماله انبنى هذا على الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدان؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يتعارضان فيحلف عمرو مع شاهده ويقسم الثالث بينهما، لأن الشاهد واليمين حجة فى المال فأشبه الشاهدين **والثانى**: لا يعارضهما، لأن الشاهدين أقوى، فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث وتقف وصية عمرو على إجازة الورثة، فأما إن شهد واحد أنه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثلثه فلا تعارض بينهما ويحلف عمرو مع شاهده وتثبت الوصية له، والفرق بين المسألتين أن فى الأول تقابلت البينتان فقدمنا إقرارهما، وفى الثانية لم يتقابلا وإنما يثبت بالرجوع وهو يثبت بالشاهد واليمين، لأن المقصود به المال وهذا مذهب الشافعى.

فصل: إذا اختلفا فى دار فى يد أحدهما فأقام المدعى بينة أن هذه الدار كانت أمس ملكه أو منذ شهر فهل تسمع هذه البينة ويقضى بها؟ على وجهين: **أحدهما**: تسمع ويحكم بها، لأنها تثبت الملك فى الماضى وإذا ثبت استديم حتى يعلم زواله، **والثانى**: لا يحكم بها، قال القاضى: وهو الصحيح، لأن الدعوى لا تسمع ما لم يدع المدعى الملك فى الحال فلا تسمع بينته على ما لم يدعه، لكن إن انضم إلى شهادتهما بيان سبب يد الثانى وتعريف تعديهما فقالا: نشهد أنها كانت ملكه أمس فغصبها هذا منه أو سرقها أو ضلت منه فالتقطها هذا ونحو ذلك سمعت وقضى بها، لأنها إذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك ولا تنافى بين ما شهدت

ففيه وجهان: **أحدهما**: يتعارضان، **والثانى**: تقدم بينة موته فى شعبان، لأن معها زيادة علم، لأنها بينت موته فى شعبان ويجوز أن يخفى ذلك على البينة الأخرى.

فصل: وإن اختلفا فى دار فادّعى أحدهما أن هذه الدار دارى ورثتها من أبى وادّعى الآخر أنها داره ورثها من أبيه وليس أحدهما أخًا للآخر، وكانت فى يد أحدهما فهى للذى فى يده سواء كان مسلمًا أو كافرًا، وإن كانت فى أيديهما فهى بينهما، وإن كان لكل واحد منهما بينة وهى فى أيديهما تعارضتا وكان الحكم فيها على ما قدمنا فى مثلها.

١٩٤١- مسألة: قال: **(وإذا ماتت امرأة وابنها فقال زوجها: ماتت قبل ابنها فورثناها ثم مات ابنى فورثته وقال أخوها: مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين)**.

وجملته: أنه إذا ماتت جماعة يرث بعضهم بعضًا واختلف الأحياء من ورثتهم فى أسبقهم بالموت كامرأة وابنها ماتا فقال الزوج: ماتت المرأة أولاً فصار ميراثها كله لى ولابنى ثم مات ابنى فصار ميراثه لى، وقال أخوها: مات ابنها أولاً فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثها بينى وبينك نصفين حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وجعلنا ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته دون من مات معه، لأن سبب استحقاق الحى من موروثه موجود، وإنما يمتنع لبقاء موروث الآخر بعده وهذا أمر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لأبيه لا مشارك له فيه وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين، وهذا مذهب

به البينة وبين دلالة اليد لجواز أن تكون ملكه أمس ثم تنتقل إلى صاحب اليد، فإذا ثبت أن سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلاً فوجب القضاء باستدامة الملك السابق، وإن أقر المدعى عليه أنها كانت ملكًا للمدعى أمس أو فيما مضى سمع إقراره وحكم به فى الصحيح، لأنه حينئذ يحتاج إلى بيان سبب انتقالها إليه فيصير هو المدعى فيحتاج إلى البينة ويفارق البينة من وجهين: **أحدهما**: أنه أقوى من البينة لكونها شهادة من الإنسان على نفسه ويزول به النزاع بخلاف البينة، ولهذا تسمع فى المجهول ويقضى به بخلاف البينة **والثانى**: أن البينة لا تسمع إلا على ما ادعاه، والدعوى يجب أن تكون معلقة بالحال والإقرار يسمع ابتداءً، وإن شهدت البينة أنها كانت فى يده أمس ففى سماعها الوجهان وإن أقر المدعى عليه بذلك، والصحيح أنه يسمع ويقضى به لما ذكرنا.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: **(إذا مات رجل وخلف ولدين مسلمًا وكافرًا فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه فإن عرف أصل دينه، فالقول قول من يدعيه، وإن لم يعرف فالميراث للكافر، لأن المسلم لا يقر ولده على الكفر فى دار الإسلام)**.

إذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركة وابنين أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وأن الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر، ذكره الخرقى، لأن

الشافعى، **فإن قيل**: فقد أعطيتم الزوج نصف ميراث المرأة وهو لا يدعى إلا الربع **قلنا**: بل هو مدع له كله ربعه بميراثه منها وثلاثة أرباعه بإرثه من ابنه قال أبو بكر: وقد ثبتت البنوة بيقين فلا يقطع ميراث الأب منه إلا ببينة تقوم للأخ، وهذا تعليل لقول الخرقى فى هذه المسألة، وذكر قولاً آخر أنه يحتمل أن الميراث بينهما نصفين قال: وهذا اختيارى أن كل رجلين ادعيا ما لا يمكن صدقهما فيه فهو بينهما نصفين وهذا لا يدرى ما أراد به إن أراد أن مال المرأة بينهما نصفين فهو قول الخرقى وليس بقول آخر وإن أراد أن مالها ومال الابن بينهما نصفين لم يصح، لأنه يفضى إلى إعطاء الأخ ما لا يدّعيه ولا يستحقه يقينًا، لأنه لا يدّعى من مال الابن أكثر من سدسه ولا يمكن أن يستحق أكثر منه وإن أراد أن ثلث مال الابن يضم إلى مال المرأة فيقتسمانه نصفين لم يصح، لأن نصف ذلك للزوج باتفاق منهما لا ينازعه الأخ فيه وإنما النزاع بينهما فى نصفه، ويحتمل أن يكون هذا مراده كما لو تنازع الأخ فيه، وإنما النزاع بينهما خفى كما لو تنازع رجلان دارًا فى أيديهما فادعاها أحدهما كلها وادّعى الآخر نصفها، فإنها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعى النصف إلا أن الفرق بين هذه المسألة وتلك، أن الدار فى أيديهما فكل واحد منهما فى يده نصفها فمدعى النصف يدعيه وهى فى يده فقبل قوله فيه مع يمينه، وفى مسألتنا يعترفان أن هذا ميراث عن الميتين فلا بد لأحدهما عليه لاعترافهما بأنه لم يكن لهما وإنما هو ميراث يدّعيانه عن غيرهما، وإن أراد أن يضم سدس مال الابن إلى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه، لأنهما تساويا فى دعواه فيقسم

دعوى المسلم لا تخلو من أن يدعى كون الميت مسلمًا أصليًا فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتدًا، وهذا خلاف الظاهر، فإن المرتد لا يقر على ردته فى دار الإسلام أو يقول: إن أباه كان كافرًا أسلم قبل موته فهو معترف بأن الأصل ما قاله أخوه مدع زواله وانتقاله والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله وذكر بن أبى موسى عن أحمد رواية أخرى أنهما فى الدعوى سواء فالميراث بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عينًا فى يديهما ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما، وهو قول أبى حنيفة، لأن الدار دار الإسلام يحكم بإسلام لقيطها ويثبت للميت فيها إذا لم يعرف أصل دينه حكم الإسلام فى الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على تكفين أموات المسلمين، ولأنه يدفن فى مقابر المسلمين ويغسل فيثبت فيه سائر أحكام المسلمين فكذلك فى ميراثه، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى، ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتدًا لم تثبت عند الحاكم ردته ولم ينته إلى الإمام خبره وظهور الإسلام بناء على هذا أظهر من ثبوت الكفر بناء على كفر أبيه، ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه وقال القاضى: قياس المذهب أننا ننظر فإن كانت التركة فى أيديهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف واستحق كما قلنا فيما إذا تداعيا عينًا، ويقتضى كلامه أنها إذا كانت فى يد أحدهما فهى له مع يمينه، وهذا قول لا يصح، لأن كل واحد

بينهمـا كما لو تنازعا دابة فى أيديهـما وعلى كل واحد منهمـا اليمين فيـما حكم له به والذى يقتضيـه قول أصحابنا فى الغرقى والهدمى أن يكون سدس مـيراث الابن للأخ وباقى الميراثين للزوج، لأننا نقدر أن المـرأة ماتت أولاً فيكون مـيراثها لابنهـا وزوجها ثم مـات الابن فورث الزوج كل ما فى يده فـصار ميراثها كلـه لزوجها ثم نقدر أن الابن مـات أولاً فورثه أبواه لأمه الثلث ثم ماتت فـصار الثلث بين أخيهـا وزوجها نصـفين لكل واحد منهمـا السدس فلم يرث الأخ إلا سدس مـال الابن كمـا ذكرنـا، ولعل هذا القول يخـتص بمن جهل مـوتهمـا واتفق وارثهما على الجهل به، والقـولان المتقدمان قول الخرقى وقـول أبى بكر فيما إذا ادّعى ورثة كل ميت أنه مات أخيرًا، وأن الآخر مات قبله، فإن كان لأحدهما بينة بما ادّعاه حكم بها وإن أقاما بينتين تعارضتا وهل تسقطان أو تستعملان فيـقرع بينهما أو يقتسمان ما اختلفا فيه؟ يخرج على الروايات الثلاثة، والله أعلم.

فـصل: ولو كان فى يد رجل دار فادعت امـرأته أنه أصدقها إياها أو أنها اشـترتها منه فأنكرها فالقول قوله مع يمينه، لأن القول قـول المنكر مع يمينه وإن أقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة المـرأة، لأنها تشهـد بزيادة خفيت على بينة الـزوج، وإن مات الرجل وخلف ابنًا فادّعى الابن أنه خلف الدار ميراثًا، وادعت المرأة أنه أصدقها إياها أو باعها إياها وأقاما بينتين قدمت بينة المرأة لذلك، فإن لم تكن بينة فالقول قول الابن مع يمينه لا نعلم فى هذا خلافًا.

فـصل: وإذا ادعى رجل أنه اكترى بيتًا فى دار لرجل شهرًا بعشرة فادعى الرجل أنه اكترى

منهما يقر بأن هذه التركة تركة هذا الميت وأنه إنما يستحقها بالميراث فلا حكم ليده، وقال أبو الخطاب: يحتمل أن يقف الأمـر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا وهذا قول الشـافعى، وقد ذكرنا الدليل على ظهـور كفره، فأما ظهـور حكم الإسلام فى الصلاة عليه وغـسله وغير ذلك فإن هذا لا ضرر فيه على أحد، وأما قوله إن الإسلام يعلو ولا يعلى فإنما يعلو إذا ثبت والنزاع فى ثبوته وهذا إذا لم يثبت أصل دينه، فإن ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه مع يمينه وهذا قول الشافـعى وأبى ثور وابن المنذر، وقال أبو حنيفـة: القول قول المسلم على كـل حال لما ذكرنا فى التى قبلها.

ولنا: أن الأصل بقاء ما كان عليه فكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع، وأما إن لم يعتـرف المسلم أنه أخـوه وادعى كل واحد منهمـا أن الميت أبوه دون الآخـر فهمـا سواء فى الدعوى لتساوى أيديهما عليه ودعاويهمـا، فإن المسلم والكافر فى الدعوى سواء ويقسم المال بينهمـا نصفيـن كما لو كـان فى أيديهما دار فـادعى كل واحد منهمـا أنها له ولا بينة لهـما، ويحتـمل أن يقدم قـول المسلم، لأن حكم المـيت حكم المسلمـين فى غسله والصـلاة عليه وسائر أحكامه، وقال القاضى: يقرع بينهما كما إذا تداعيا عينًا فى يد غيرهما ولم يدعها لنفسه ويحتمل أن يقف الأمر حتى يعرف أصل دينه وهو قول الشافعى إلا أن يصطلحا.

الدار كلها بعشرة ذلك الشهر ولا بينة لواحد منهما فقد اختلفا فى صفة العقد (إلا أنهما اختلفا)(١٤) فى قدر المكترى فيتحالفان وقد مضى حكم التحالف فى البيع وذكر أبو الخطاب فيما إذا ادّعى البائع أنه باعه عبده هذا بعشرة وقال المشترى: بل هو والعبد الآخر بعشرة فالقول قول البائع مع يمينه ولم يجعل بينهما تحالفًا، لأن المشترى يدّعى بيعًا فى العبد الزائد ينكره البائع، والقول قول المنكر وهذا مثله، فعلى هذا يكون القول قول المكرى مع يمينه إذا عدمت البينة، وإن أقام أحدهما بدعواه بينة حكم له، وإن كان مع كل واحد بينة تعارضتا سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحد أو إحداهما مؤرخة والأخرى مطلقة، لأن العقد على البيت مفردًا وعلى الدار كلها فى زمن واحد محال، فإن قلنا: تسقطان فالحكم فيه كما لو لم يكن بينهما بينة، وإن قلنا: يقرع بينهما قدمنا قول من تقع له القرعة، وهذا قول القاضى وظاهر مذهب الشافعى، وعلى قول أبى الخطاب تقدم بينة المكترى، لأنها تشهد بزيادة، وهو قول بعض أصحاب الشافعى، **فإن قيل:** فهلا أوجبتم الأخريين معًا على المكترى كما قلتم فيما إذا قامت البينة أنه تزوجها يوم الخميس بألف فقامت بينة أخرى أنه تزوجها يوم الجمعة بمائة يجب المهران **قلنا:** ثم يجوز أن يكون المهران مستقرين بأن يتزوجها يوم الخميس ويدخل بها ثم يخالعها ثم يتزوجها يوم الجمعة، وأما الأجرة فلا تستقر إلا بمضى الزمان فإذا عقد عقدًا قبل مضى المدة لم يجز أن تجب الأجرتان.

١٩٤٢- مسألة: قال: **(ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبى ألفًا وشهد آخران على رجل آخر أنه أخذ من الصبى ألفًا كان على ولى الصبى أن يطالب أحدهما بالألف إلا أن تكون كل بينة لم تشهد بالألف الذى شهدت به الأخرى فيأخذ الولى الألفين).**

أما إذا كانت كل بينة شهدت بألف غير معين فإن الولى يطالب بالألفين جميعًا، لأن كل واحد من الرجلين ثبت عليه أحد الألفين فيلزمه أداؤها، وعلى الولى أن يطالب بها كما لو أقر كل واحد منهما بألف، وأما إن كان المشهود به ألفًا معينًا فشهدت بينة أن هذا الرجل هو الآخذ لها لم يجب إلا ألف واحد وللولى مطالبة أيهما شاء، لأنه قد ثبت أن كل واحد منهما أخذ الألف، فإن كان لم يرده فقد استقر فى ذمته وإن كان رده إلى الصبى لم تبرأ ذمته برده إليه، لأنه ليس له قبض صحيح، فإن غرمه الذى لم يرده لم يرجع على أحد، لأنه استقر عليه، وإن غرمه الراد له رجع على الذى لم يرده فإن غرمه أحدهما فادّعى أن الضمان استقر على صاحبه ليرجع عليه فالقول قول الآخر مع يمينه، لأن الأصل عدم استقراره عليه.

10- مسألة: (وإن أقام كل واحد بينة أنه مات على دينه تعارضتا وإن قال شاهدان: نعرفه مسلمًا وقال شاهدان: نعرفه كافرًا فالميراث للمسلم إذا لم تؤرخ الشهود معرفتهم).

أما إذا أقاما بينتين كل واحد بينة أنه مات على دينه ولم يعرف أصل دينه تعارضتا، وإن

(١٤) سقط وأثبتناه من هـ.

١٩٤٣- **مسألة:** قال: **(ولو أن رجلين حربيين جاءا من أرض الحرب فذكر كل واحد منهما أنه أخو صاحبه جعلناهما أخوين، وإن كانا سبيا فادّعيا ذلك بعد أن أعتقا فميراث كل واحد منهما لمعتقه إذا لم يصدقهما إلا أن تقوم بما ادعياه بينةٌ من المسلمين فيثبت النسب ويورث كل واحد منهما من أخيه).**

وجملته: أن أهل الحرب إذا دخلوا إلينا مسلمين أو غير مسلمين فأقر بعضهم بنسب بعض ثبت نسبهم كما يثبت نسب أهل دار الإسلام من المسلمين وأهل الذمة بإقرارهم، ولأنه إقرار لا ضرر على أحد فيه فقبل كإقرارهم بالحقوق المالية ولا نعلم فى هذا خلافًا، وإن كانوا سبيًا فأقر بعضهم بنسب بعض، وقامت بذلك بينة من المسلمين ثبت أيضًا سواء كان الشاهد أسيرًا عندهم أو غير أسير، ويسمى الواحد من هؤلاء حميلاً أى محمولاً كما يقال للمقتول قتيل وللمجروح جريح، لأنه حمل من دار الكفر، وقيل: سمى حميلاً، لأنه حمل نسبه على غيره، وإن شهد بنسبه الكفار لم تقبل، وعن أحمد رواية أخرى أن شهادتهم فى ذلك تقبل لتعذر شهادة المسلمين به فى الغالب فأشبه شهادة أهل الذمة على الوصية فى السفر إذا لم يكن غيرهم والمذهب الأول، لأننا إذا لم نقبل شهادة الفاسق فشهادة الكافر أولى، وإنما لم يقبل إقرارهم لما فى ذلك من الضرر على السيد بتفويت إرثه بالولاء على تقدير العتق وإن صدقهما معتقهما قبل، لأن الحق له، وإن لم يصدقهما ولم تقم بينة بذلك لم يرث بعضهم من بعض وميراث كل واحد منهما لمعتقه، وهذا قول الشافعى فيما إذا أقر بنسب أب أو أخ أو جد أو ابن عم، وإن أقر بنسب ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يقبل، **والثانى**: يقبل، لأنه يملك أن يستولد فملك الإقرار به، **والثالث**: إن أمكن أن يستولد بعد عتقه قبل، لأنه يملك الاستيلاد بعد عتقه وإلا لم يقبل، لأنه لا يملك قبل عتقه أو يستولد قبل عتقه ويروى عن ابن مسعود ومسروق والحسن وابن سيرين أن إقراره يقبل فيما يقبل فيه الإقرار من الأحرار الأصليين وبه قال أبو حنيفة، لأنه مكلف أقر بنسب وارث مجهول النسب يمكن صدقه فيه ووافقه المقر له فيه فقبل كما لو أقر من له أخ بنسب ابن وبهذا الأصل يبطل ما ذكروه.

ولنا: ما روى الشعبى أن عمر ﷺ كتب إلى شريح أن لا تورث حميلاً حتى تقوم به بينة، رواه سعيد(١٥)، وقال أيضًا: حدثنا سفيان عن ابن جدعان عن سعيد بن المسيب قال: كتب عمر بن الخطاب أن لا تورث حميلاً إلا ببينة(١٦)، ولأن إقراره يتضمن إسقاط حق معتقه

عرف أصل دينه نظرنا فى لفظ الشهادة، فإن شهدت كل واحدة منهما أنه كان آخر كلامه

---

(١٥) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٨٩/ ٩٠).

(١٦) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ٩٠/ ٢٥٣) وإسناده ضعيف، فيه ابن جدعان قال الحافظ فى «التقريب» «ضعيف».

من ميراثه فلم يقبل كما لو أقر أنه مولى لغيره، فإن غيره شريكه فى ولائه، وفارق الإقرار من الحر الذى له أخ، لأن الولاء نتيجة الملك فجرى مجراه، ولأن الولاء ثبت عن عوض والأخوة بخلافه ألا ترى أنه لو قال لغيره: اعتق عبدك عنى وعلى ثمنه صح ولم يثبت له إلا الولاء؟ وإذا ثبت أنه بعوض كان أقوى من النسب، وإنما قدمنا النسب فى الميراث لقربه لا لقوته، كما نقدم ذوى الفروض على العصبة مع قربهم.

فصل: وإذا كانا مختلفى الدين لم يثبت النسب بإقرارهما وإن لم يتوارثا، لأنه يحتمل أن يسلم الكافر منهما فيرث، ولذلك لو أقرا بالنسب فى حال رقهما لم يثبت لاحتمال التوارث بالعتق وإن ولد لكل واحد منهما ابن من حرة فأقر كل واحد منهما للآخر أنه ابن عمه احتمل أن يقبل إقراره لأنه لا ولاء عليه فيقبل إقراره لوجود المقتضى لقبوله وانتفاء المعارض واحتمل أن لا يقبل، لأنه يرثه المسلمون، ولأنه إذا لم يقبل إقرار الأصول فالفروع أولى، فإن قلنا يقبل إقرارهما فأقر أحدهما لأبى الآخر أنه عمه لم يثبت الإقرار بالنسبة إلى أنه ابن أخيه، لأنه لو ثبت لورث عمه دون مولاه المعتق له، وهل يثبت بالنسبة إلى العم فيرث ابن أخيه؟ يحتمل أن يثبت لانتفاء الولاء عن ابن الأخ فلا تفضى صحة الإقرار إلى إسقاط الولاء والأولى أنه لا يثبت، لأنه لم يثبت بالنسبة إلى أحد الطرفين فلم يثبت فى الآخر.

١٩٤٤- مسألة: قال: **(وإذا كان الزوجان فى البيت فافترقا أو ماتا فادّعى كل واحد منهما ما فى البيت أنه له أو ورثته حكم بما كان يصلح للرجال للرجل وما كان يصلح للنساء للمرأة وما كان يصلح أن يكون لهما فهو بينهما نصفين).**

وجملة ذلك: أن الزوجين إذا اختلفا فى متاع البيت أو فى بعضه فقال كل واحد منهما: جميعه لى أو قال كل واحد منهما: هذه العين لى وكانت لأحدهما بينة ثبت له بلا خلاف، وإن لم يكن لواحد منهما بينة فالمنصوص عن أحمد أن ما يصلح للرجال من العمائم وقمصانهم وجبابهم والأقبية والطيالسة والسلاح وأشباه ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه، وما يصلح للنساء كحليهن وقمصانهن ومقانعهن ومغازلهن فالقول قول المرأة مع يمينها، وما يصلح لهما كالمفارش والأوانى فهو بينهما، وسواء كان فى أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم وسواء اختلفا فى حال الزوجية أو بعد البينونة وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثه الآخر.

التلفظ بما شهدت به فهما متعارضتان، وإن شهدت إحداهما أنه مات على دين الإسلام وشهدت الأخرى أنه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعى انتقاله عن دينه، لأن المبقية له على أصل دينه ثبتت شهادتها على الأصل الذى تعرفه، لأنهما إذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما أن يشهدا أنه مات على دينه الذى عرفاه والبينة الأخرى معها علم لم تعلمه الأولى فقدمت عليها كما لو شهدا أن هذا العبد كان ملكًا لفلان إلى أن مات وشهد

قال أحمد في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان في الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدّعي المرأة المتاع: فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء وما استقام أن يكون بين الرجال والنساء فهو بينهما، وإن كان المتاع على يدى غيرهما فمن أقام البينة دفع إليه، وإن لم تكن لهما بينة أقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع، وقال في رواية مهنا: وكذلك إن اختلفا وأحدهما مملوك وبهذا قال الثورى وابن أبى ليلى.

وقال القاضى: هذا إنما هو فيما إذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه، وإن كان في أيديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما أو لأحدهما، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد بن الحسن إلا أنهما قالا: ما يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه، وإذا اختلف أحدهما وورثة الآخر فالقول قول النافى منهما، لأن اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكمية بدليل أنه لو تنازع الخياط وصاحب الدار في الإبرة والمقص كانت للخياط.

وقال أبو يوسف: القول قول المرأة فيما جرت العادة أنه قدر جهاز مثلها، وقال مالك: ما صلح لكل واحد منهما فهو له وما صلح لهما كان للرجل سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم، لأن البيت للرجل ويده أقوى عليه لأن عليه السكنى.

وقال الشافعى وزفر والبتى: كل ما في البيت بينهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه، وروى نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود ﷺ لأنهما تساويا في ثبوت يدهما على المدّعى وعدم البينة فلم يقدم أحدهما على صاحبه كالذى يصلح لهما أو كما لو كان في يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك.

ولنا: أن أيديهما جميعًا على متاع البيت بدليل ما لو نازعهما فيه أجنبى كان القول قولهما وقد يرجح أحدهما على صاحبه يدًا وتصرفًا فيجب أن يقدم كما لو تنازعا دابة، أحدهما راكبها، والآخر أخذ بزمامها أو قميصًا أحدهما لابسه والآخر آخذ بكمه أو جدارًا متصلاً بداريهما معقودًا ببناء أحدهما أو له عليه أزج (١٧).

آخران أنه أعتقه أو باعه قبل موته قدمت بينة العتق والبيع فأما إن قال شاهدان: نعرفه مسلمًا، وقال شاهدان: نعرفه كافرًا نظرنا في تاريخهما، فإن اختلف تاريخهما عمل بالآخرة منهما، لأنه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الأولى إلى ما شهدت به الأخرى وإن كانتا مطلقتين أو إحداهما مطلقة قدمت بينة المسلم، لأن المسلم لا يقر على الكفر في دار الإسلام، وقد يسلم الكافر فيقر، وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد نظرنا في شهادتهما، فإن كانت على اللفظ فهما متعارضتان، وإن لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان، وإن عرف أصل

(١٧) **الأزج**: ضرب من الأبنية.

ولنا: على أبى حنيفة والقاضى أنهما تنازعا فيما فى أيديهما ولا مزية لأحدهما على صاحبه أشبه ما إذا كان فى اليد الحكمية، فأما ما كان يصلح لهما فإنه فى أيديهما، ولا مزية لأحدهما على صاحبه أشبه ما إذا كان فى أيديهما من جهة المشاهدة والدلالة على أنه ليس للنافى أن وارث الميت قائم مقامه أشبه ما لو وكل أحدهما لنفسه وكيلاً، فأما إذا لم يكن لهما يد حكمية بل تنازع رجل وامرأة فى عين غير قماش بينهما فلا يرجح أحدهما بصلاحية ذلك له بل إن كانت فى أيديهما فهى بينهما، وإن كانت فى يد أحدهما فهى له، وإن كانت فى يد غيرهما اقترعا عليها فمن خرجت له القرعة فهى له، واليمين على من حكمنا بها له فى كل المواضع، لأنه ليس لهما يد حكمية فأشبه سائر المختلفين.

فصل: وإذا كان فى الدكان نجار وعطار فاختلفا فيما فيها حكم بآلة كل صناعة لصاحبها فآلة العطارين للعطار وآلة النجارين للنجار، وإن لم يكونا فى دكان واحد لكن اختلفا فى عين لم يرجح أحدهما بصلاحية العين المختلف فيها له كما ذكرنا فى الزوجين ويكون ذلك كتنازع الأجنبيين.

فصل: وإذا اختلف المكرى والمكترى فى شيء فى الدار نظرت، فإن كان مما ينقل ويحول كالأثاث والأوانى والكتب فهى للمكترى، لأن العادة أن الإنسان يكرى داره فارغة من رحله وقماشه، وإن كان فى شيء مما يتبع فى البيع كالأبواب المنصوبة والخوابى(١٨) المدفونة والرفوف المسمرة والسلاليم المسمرة والمفاتيح والرحا المنصوبة وحجرها التحتانى فهو للمكرى، لأنه من توابع الدار فأشبه الشجرة المغروسة فيها، وإن كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال أحمد: إذا اختلفا فى الرفوف فهى لصاحب الدار، فظاهر هذا العموم فى الرفوف كلها وقال القاضى: كلام أحمد محمول على المسمرة، فأما غير المسمرة فهى بينهما إذا تحالفا، لأنها لا تتبع فى البيع فأشبهت القماش، وهذا ظاهر يشهد للمكترى، وللمكرى ظاهر يعارض هذا وهو أن المكرى يترك الرفوف فى الدار ولا ينقلها عنها فإذا تعارضا الظاهران من الجانبيين استويا، وهذا مذهب الشافعى فعلى هذا إذا تحالفا كانت بينهما، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهى لمن حلف، وذكر القاضى فى موضع آخر وأبو الخطاب أنه إن كان للرف شكل منصوب فى الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه وإن لم يكن له شكل منصوب تحالفا وكان بينهما، لأنه إذا كان له شكل منصوب فى الدار فالشكل تابع للدار فهو لصاحبها، والظاهر أن أحد الرفين لمن له الآخر، وكذلك إن اختلفا فى مصراع باب مقلوع فالحكم فيه

دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه وكل موضع تعارضت البينتان فقال الخرقى: تسقط البينتان ويكونان كمن لا بينة لهما وقد ذكرنا روايتين أخريين: **إحداهما:** يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذ **والثانية:** يقسم بينهما ونحو هذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: تقدم بينة

---

(١٨) **الغوابى:** الجرار العظيمة.

كما ذكرنا، لأن أحدهما لا يستغنى عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقانى من الرحا والمفتاح مع السكرة[١٩] ووجه ظاهر كلام أحمد فى أن الرفوف لصاحب الدار على كل حال أن العادة جارية بترك الرفوف فى الدار ولم تجر بنقل المكترى لها معه فكانت لصاحب الدار كالذى له شكل منصوب، ولأنها إذا كانت لها أوتاد منصوبة فالأوتاد لصاحب الدار فكذلك ما نصبت له كالحجر الفوقانى من الرحى إذا كان السفلانى منصوبًا ومفتاح السكرة المسمرة.

فصل: وإذا كان الخياط فى دار غيره فاختلفا فى الإبرة والمقص فهى للخياط، لأن تصرفه فيهما أكثر وأظهر والظاهر معه، لأن الإنسان إذا دعا خياطًا ليخيط له فالعادة أنه يحمل معه إبرته ومقصه، وإن اختلفا فى القميص فهو لصاحب الدار إذ ليست العادة أن يحمل القميص معه يخيطه فى دار غيره، وإنما العادة أن يخيط قميص صاحب الدار فيها، وإن اختلف صاحب الدار والنجار فى القدوم والمنشار وآلة النجارة فهى للنجار، وإن اختلفا فى الخشبة المنجورة والأبواب والرفوف المنشورة فهى لصاحب الدار، وإن اختلف النجاد ورب الدار فى قوس الندف فهو للنجاد، وإن اختلفا فى الفرش والقطن والصوف فهو لصاحب الدار، وإن اختلف رب الدار والسقا فى القربة فهى للسقا، وإن اختلفا فى الخابية والجرار فهى لصاحب الدار لما ذكرنا.

فصل: وإذا تنازع رجلان دابة، أحدهما راكبها والآخر آخذ بزمامها فالراكب أولى بها، لأن تصرفه فيها أقوى ويده آكد وهو المستوفى لمنفعتها وإن كان لأحدهما عليها حمل، والآخر آخذ بزمامها فهى لصاحب الحمل لذلك وإن كان لأحدهما عليها حمل والآخر راكب عليها فهى للراكب لأنه أقوى تصرفًا، وإن اختلفا فى الحمل فادعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب، لأن يده على الدابة والحمل معًا فأشبه ما لو اختلف الساكن وصاحب الدار فى قماش فيها، وإن تنازع صاحب الدابة والراكب فى السرج فهو لصاحب الدابة، لأن السرج فى العادة يكون لصاحب الفرس، وإن تنازع اثنان فى ثياب على عبد لأحدهما فهى لصاحب العبد، لأن يد العبد عليها، وإن تنازع صاحب الثياب، والآخر فى العبد اللابس لها فهما سواء، لأن نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب ومذهب الشافعى فى هذا الفصل والذى قبله كما ذكرنا.

الإسلام على كل حال وقد مضى الكلام معه، وقد قال الخرقى: إذا قال شاهدان: نعرفه كان مسلمًا، وقال شاهدان: نعرفه كان كافرًا فالميراث للمسلم إذا لم يؤرخ لشهود معرفتهم وهو محمول على من لم يعلم أصل دينه أو على أن أصل دينه الكفر، أما من كان مسلمًا فى الأصل فينبغى أن تقدم بينة الكفر، لأن بينة الإسلام يجوز أن تستند إلى ما كان عليه فى الأصل.

---

(١٩) السكرة: قفل الباب، وسكر الباب: أغلقه.

فـصـل: فإن اختلف صاحب أرض ونهر فى حائط بينهما فهو لهما، ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به.

وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: هو لصاحب النهر، لأنه لنفعه، وقال أبو يوسف ومحمد: هو لصاحب الأرض، لأنه متصل بأرضه.

ولنا: أنه حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه فيكون لهما كما لو تنازع صاحب العلو والسفل فى السقف الذى بينهما أو حائط بين داريهما وما ذكروه من الترجيحين متقابل فيستويان، وإن تنازع صاحب العلو والسفل فى السقف الذى بينهما فهو بينهما لذلك، وكل موضع قلنا يقسم بينهما نصفين فإنما يحلف كل واحد منهما على النصف الذى يحصل له دون النصف الآخر، لأن ما يحصل له لا يفيده الحلف عليه شيئًا فلا يستحلف عليه كالمدعى لا يحلف على ما يأخذه المدعى عليه.

فصل: وإن تنازعا عمامة طرفها فى يد أحدهما وباقيها فى يد الآخر أو قميصًا كمه فى يد أحدهما وباقيه مع الآخر فهما سواء فيها، لأن يد الممسك بالطرف عليها بدليل أنه لو كان باقيها على الأرض فنازعه فيها غيره كانت له وإذا كانت فى أيديهما تساويا فيها، ولو كانت دار فيها أربعة أبيات وفى أحد أبياتها ساكن وفى الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلفا فيها كان لكل واحد ما هو ساكن فيه، لأن كل بيت ينفصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه فى ثبوت اليد عليه ولو تنازعا الساحة التى يتطرق منها إلى البيوت فهى بينهما نصفين لاشتراكهما فى ثبوت اليد عليها فأشبهت العمامة فيما ذكرنا.

١٩٤٥ - مسألة: قال: **(ومن كان له على أحد حق فمنعه منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه لما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»[٢٠] رواه الترمذى)**.

وجملته: أنه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل له لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم، فإن أخذ من ماله شيئًا بغير إذنه لزمه رده إليه، وإن كان قدر حقه، لأنه لا يجوز أن يملك عليه عينًا من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة، وإن كانت من جنس حقه، لأنه قد يكون للإنسان غرض فى العين، فإن أتلفها أو تلفت

فـصـل: وإن خلف ابنًا مسلمًا وأخًا كافرًا فاختلفا فى دينه حال موته فالحكم فيها كالتى قبلها، وهكذا سائر الأقارب.

اا- مسألة: (وإن خلف أبوين كافرين وابنين مسلمين فاختلفوا فى دينه فالقول قول الأبوين ويحتمل أن القول قول الابنين).

ظاهر المذهب أن القول قول الأبوين، لأن كون الأبوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه،

---

(٢٠) تقدم برقم (١) من كتاب الوديعة.

فصارت دينًا فى ذمته وكان الثابت فى ذمته من جنس حقه تقاصا فى قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعى، وإن كان مانعًا له لأمر يبيح المنع كالتأجيل والإعسار لم يجز أخذ شيء من ماله بغير خلاف، وإن أخذ شيئًا لزمه رده إن كان باقيًا أو عوضه إن كان تالفًا، ولا يحصل التقاص هـهنا، لأن الدين الذى له لا يستحق أخذه فى الحال بخلاف التى قبلها، وإن كان مانعًا له بغير حق وقدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان لم يجز له الأخذ أيضًا بغيره، لأنه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه فأشبه ما لو قدر على استيفائه من وكيله، وإن لم يقدر على ذلك لكونه جاحدا له ولا بينة له به أو لكونه لا يجيبه إلى المحاكمة ولا يمكنه اجباره على ذلك أو نحو هذا فالمشهور فى المذهب أنه ليس له أخذ قدر حقه وهو إحدى الروايتين عن مالك قال ابن عقيل: وقد جعل أصحابنا المحدثون لجواز الأخذ وجهًا فى المذهب أخذًا من حديث هند حين قال لها النبى ﷺ: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف»(٢١) وقال أبو الخطاب: ويتخرج لنا جواز الأخذ فإن كان المقدور عليه من جنس حقه أخذ بقدره، وإن كان من غير جنسه تحرى واجتهد فى تقويمه مأخوذ من حديث هند ومن قول أحمد فى المرتهن: يركب ويحلب بقدر ما ينفق، والمرأة تأخذ مؤنتها، وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضا.

وقال الشافعى: إن لم يقدر على استخلاص حقه ببينة فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه، وإن كانت له بينة وقدر على استخلاصه ففيه وجهان والمشهور من مذهب مالك أنه إن لم يكن لغيره عليه دين فله أن يأخذ بقدر حقه وإن كان عليه دين لم يجز لأنهما يتحاصان فى ماله إذا أفلس.

وقال أبو حنيفة: له أن يأخذ بقدر حقه إن كان عينًا أو ورقًا أو من جنس حقه، وإن كان المال عرضًا لم يجز، لأن أخذ العرض عن حقه اعتياض، ولا تجوز المعاوضة إلا برضا من المتعاوضين قال الله تعالى: ﴿إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ (النساء: ٢٩) واحتج من أجاز الأخذ بحديث هند حين جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى من النفقة ما يكفينى وولدى فقال: «خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف» متفق عليه، وإذا جاز لها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير إذنه جاز للرجل الذى له الحق على الرجل.

لأن الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه فيثبت أنه كان كافرًا فى صغره، ويحتمل أن القول قول الابنين، لأن كفر أبويه يدل على أصل دينه فى صغره وإسلام ابنيه يدل على إسلامه فى كبره فيعمل بهما جميعًا يحمل كل واحد منهما على مقتضاه فهو كما لو قال شاهدان: نعرفه كافرًا فى صغره، وقال شاهدان: نعرفه مسلمًا فى كبره.

---

(٢١) تقدم برقم (٣) مسالة رقم (١٣٧٩).

ولنا: قول النبى ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» رواه الترمذى وقال: حديث حسن ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانه فيدخل فى عموم الخبر، وقال ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»(٢٢) ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض، وإن أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضى صاحبه، فإن التعيين إليه، ألا ترى أنه لا يجوز له أن يقول: اقضنى حقى من هذا الكيس دون هذا؟ ولأن كل ما لا يجوز له تملكه إذا لم يكن لـه دين لا يجوز له أخذه إذا كان له دين كما لو كان باذلاً له، وأما حديث هند فإن أحمد اعتذر عنه بأن حقها واجب عليه فى كل وقت، وهذا إشارة منه إلى الفرق بالمشقة فى المحاكمة فى كل وقت والمخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة بخلاف الدين، وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر وهو أن قيام الزوجية كقيام البينة فكأن الحق صار معلومًا يعلم قيام مقتضيه، وبينهما فرقان آخران: **أحدهما:** أن للمرأة من التبسط فى ماله بحكم العادة ما يؤثر فى إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الأجنبى، **الثانى:** أن النفقة تراد لإحياء النفس وإبقاء المهجة وهذا مما لا يصبر عنه، ولا سبيل إلى تركه فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة بخلاف الدين، حتى نقول لو صارت النفقة ماضية لم يكن لها أخذها، ولو وجب لها عليه دين آخر لم يكن لها أخذه، فعلى هذا إن أخذ شيئًا لزمه رده إن كان باقيًا، وإن كان تالفًا وجب مثله إن كان مثليًا أو قيمته إن كان متقومًا، فإن كان من جنس دينه تقاصا وتساقطا فى قياس المذهب، وإن كان من غير جنسه لزمه غرمه، ومن جوز من أصحابنا الأخذ فإنه قال: إن وجد من جنس حقه جاز له الأخذ منه بقدر حقه من غير زيادة وليس له الأخذ من غير جنس حقه مع قدرته على أخذه من جنسه، وإن لم يجد إلا من غير جنس حقه فيحتمل أن لا يجوز له تملكه، لأنه لا يجوز أن يبيعه من نفسه وهذا يبيعه من نفسه وتلحقه فيه تهمة، ويحتمل أن يجوز له ذلك كما قالوا: الرهن ينفق عليه إذا كان مركوبًا أو محلوبًا يركب ويحلب بقدر النفقة وهى من غير الجنس، واختلف أصحاب الشافعى فمنهم من جوز له هذا ومنهم من قال: يواطئ رجلاً يدّعى عليه عند الحاكم دينًا فيقر له بملك الشيء الذى أخذه فيمتنع من عليه الدعوى من قضاء الدين ليبيع الحاكم الشيء المأخوذ ويدفعه إليه.

فصل: إذا ادّعى إنسان على إنسان حقّا وأقام به شاهدين فلم يعرف الحاكم عدالتهما

فصل: وإن خلف ابنًا كافرًا وأخًا وامرأة مسلمين واختلفوا فى دينه فالقول قول الابن على قول الخرقى، ووجهه ما سبق فيما إذا خلف ابنين مسلمًا وكافرًا، وقال القاضى: يقرع بينهما وقد سبق تعليله فى مسألة الابنين، وقال أبو بكر: قياس المسألة أن تعطى المرأة الربع، ويقسم الباقى بين الأخ والابن نصفين، لأنها تدعى زيادة عليه فيدخل فى عموم قوله تعالى:

---

(٢٢) تقدم برقم (١٩) مسألة رقم (٨١١).

فسأل حبس غريمه حتى تثبت عدالة شهوده أجيب إلى ذلك، لأن الظاهر من المسلمين العدالة، ولأن الذى على الغريم قد أتى به، وإنما بقى ما على الحاكم وهو الكشف عن عدالة الشهود، وإن أقام شاهدًا واحدًا وسأل حبس غريمه ليقيم شاهدًا آخر وكان الحق مما لا يثبت إلا بشاهدين لم يحبس المدعى عليه، لأن البينة ما تمت والحبس عذاب فلا يتوجه عليه دون تمام البينة وإن كان الحق مما يثبت بشاهد ويمين ففيه وجهان: **أحدهما**: يحبس له، لأن الشاهد الواحد حجة فى المال وإنما اليمين مقوية له، **والثانى**: لا يحبس وهو الصحيح، لأنه إن حبس ليقيم شاهدًا آخر يتم به البينة فهو كالحقوق التى لا تثبت إلا بشاهدين وإن حبس ليحلف معه فلا حاجة إليه، فإن الحلف ممكن فى الحال، فإن حلف ثبت حقه وإلا لم يجب شىء، ويحتمل أن يقال إن كان المدعى باذلاً لليمين والتوقف لأجل إثبات عدالة الشاهد حبس لما ذكرنا فى التى قبلها وإن كان التوقف عن الحكم بغير ذلك لم يحبس لما ذكرناه، قال القاضى: وكل موضع حبس فيه بشاهدين استديم الحبس حتى تثبت عدالة الشهود أو فسقهم، وكل موضع حبس فيه بشاهد واحد، فإنه يقال للمشهود له: إن جئت بشاهد آخر إلى ثلاث وإلا أطلقناه.

﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ (النساء: ١٢) فلا يخرج إلا بدليل تخصيصها، ولا يخرج بالشك ويقسم الباقى بين الأخوين لتساويهما فى الدعوى وهو فى أيديهما.

فصل: ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها، وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت وادعت أنها أسلمت قبل موته وأنكرها الورثة فالقول قولهم، لأن الأصل عدم ذلك، فإن لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة أنها كانت كافرة وأنكرتهم فالقول قولها، لأن الأصل عدم ما ادعوه، وإن ادعوا أنه طلقها قبل موته فأنكرتهم فالقول قولها، فإن اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنه راجعها فالقول قولهم، وإن اختلفوا فى انقضاء عدتها فالقول قولها فى أنها لم تنقض، لأن الأصل بقاؤها، ولا نعلم فى هذا كله خلافًا.

وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى، ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على أن أحدهما كان مسلمًا حين موت أبيه، وادعى الآخر أنه أسلم فى حياة أبيه وجحده أخوه فالميراث للمتفق عليه، لأن الأصل بقاء الكفر إلا أن يعلم زواله وعلى أخيه اليمين وتكون فى نفى العلم، لأنها على نفى فعل أخيه إلا أن يكون ثبت أنه أسلم قبل قسم التركة فيرث، فإن أسلم على ميراث قبل القسمة قسم له، وإن كان أحدهما حرًا والآخر رقيقًا ثم عتق واختلفا فى حريته عند الموت فالقول قول من ينفيها، وإن لم يثبت أنه كان رقيقًا ولا كافرًا فادعى عليه أنه كذلك فأنكر فالقول قوله والميراث بينهما، لأن الأصل الحرية والإسلام وعدم ما سواهما.

فصل: إذا أسلم أحد الابنين فى غرة شعبان والآخر فى غرة رمضان، واختلفا فى موت أبيهما فقال الأول: مات فى شعبان فورثته وحدى وقال الآخر: مات فى رمضان فالميراث

فصل: وإن ادعى العبد أن سيده أعتقه وأقام شاهدين ولم يعدلا فسأل العبد الحاكم أن يحول بينه وبين سيده إلى أن يبحث الحاكم عن عدالة الشهود فعلى الحاكم ذلك، ويؤجره من ثقة وينفق عليه من كسبه ويحبس الباقى، فإن عدل الشاهدان سلم إليه الباقى من كسبه وإن فسقا رد إلى سيده وإنما حلنا بينهما لما ذكرناه فى الفصل الذى قبل هذا ولأننا لو لم نحل بينهما أفضى إلى أن تكون أمة فيطأها، وإن أقام شاهدًا واحدًا وسأل أن يحال بينهما ففيه وجهان.

وإن أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود حيل بينه وبينها، وإن أقامت شاهدًا واحدًا لم يحل بينهما لأن البينة لم تتم، وهذا مما لا يثبت إلا بشاهدين فلا يثبت بشاهد واحد، والله أعلم.

بينهما، لأن الأصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها، وإن أقام واحد منهما بينة بدعواه ففيه وجهان:

أحدهما: يتعارضان **والثانى:** نقدم بينة موته فى شعبان، لأنها معها زيادة علم، لأنه ثبت موته فى شعبان ويجوز أن يخفى ذلك على البينة الأخرى.

12- مسألة: ولو مات مسلم وخلف ولدين مسلمًا وكافرًا فأسلم الكافر وقال: أسلمت قبل موت أبى وقال أخوه: بل بعده، فلا ميراث له ، لأن الأصل بقاء الكفر حتى يعلم زواله، وعلى أخيه اليمين وتكون على نفى العلم، لأنها على نفى فعل الغير وقد ذكرناه.

13- مسألة: وإن قال: أسلمت فى المحرم ومات أبى فى صفر فلى الميراث وقال أخوه: بل مات فى ذى الحجة فله الميراث مع أخيه، لأن الأصل بقاء الحياة فإن أقام كل واحد بينة بدعواه فهل يتعارضان أو نقدم بينة من ادعى تقديم موته؟ فيه وجهان ذكرناهما فى الفصل قبل هاتين المسألتين، والله أعلم.

كتاب العتق

العتق فى اللغة الخلوص، ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير، أى: خالصتها، وسمى البيت الحرام عتيقًا لخلوصه من أيدى الجبابرة، وهو فى الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق، يقال: عتق العبد وأعتقته أنا، وهو عتيق ومُعتَق، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ (المجادلة: ٣) وقال تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ (البلد: ١٣) وأما السنة فما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ: «من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إربًا منه من النار حتى إنه ليعتق اليدَ باليد، والرجل بالرجل، والفرج بالفرج» متفق عليه[(١)]، فى أخبار كثيرة سوى هذا وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القربة به.

فصل: والعتق من أفضل القرب إلى الله تعالى، لأن الله تعالى جعله كفارة للقتل، والوطء فى رمضان والأيمان، وجعله النبى ﷺ فكاكًا لمعتقه من النار، ولأن فيه تخليصًا للآدمى المعصوم من ضرر الرق وملك نفسه ومنافعه، وتكميل أحكامه، وتمكنه من التصرف فى نفسه ومنافعه على حسب إرادته واختياره، وإعتاق الرجل أفضل من إعتاق المرأة، لما

كتاب العتق[(أ)]

العتق فى اللغة: الخلوص، ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير، أى: خالصتها، وسمى البيت الحرام عتيقًا لخلوصه من أيدى الجبابرة، وهو فى الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق، يقال: عتق العبد وأعتقته أنا، وهو عتيق ومُعتَق، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ وقال تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ وأما السنة فما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إربًا منه من النار حتى إنه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج» متفق عليه، فى أخبار كثيرة سوى هذا، وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القربة به.

أ- مسألة: (وهو من أفضل القرب).

لأن الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء فى رمضان والأيمان وجعله النبى ﷺ فكاكًا لمعتقه من النار، ولأن فيه تخليص الآدمى المعصوم من ضرر الرق، وملك نفسه ومنافعه، وتكميل أحكامه وتمكينه من التصرف فى نفسه ومنافعه على حسب إرادته واختياره، وإعتاق

---

(١) أخرجه البخارى فى «الكفارات» (١١/ ح٦٧١٥/ فتح) ومسلم فى «العتق» (٢/ ٢١/ ١١٤٧) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٤٢٠/ ٤٢٢/ ٤٢٩/ ٤٣١).

(أ) أحاديث هذا الكتاب مخرجة مستوفاة من نفس الكتاب فى «المغنى».

روى كعب بن مرة البَهْرِىِّ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أيما رجل أعتق رجلاً مسلمًا كان فكاكه من النار، يجـزى بكل عظم من عظامه عظمًا من عظامه، وأيمـا رجل مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من النار، يجزى بكل عظم من عظامهما عظمًا من عظامه، وأيما امرأة مسلمة أعتـقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار، تجـزى بكل عظم من عظامها عظمًا من عظامها»(٢).

والمستحب عـتق من له دين وكسب ينتفع بالعتق، فأما من يتضرر بالعتق كمن لا كسب له تسقط نفقته عن سـيده بإعتاقه، فيضيع أو يصير كلا على الناس، ويـحتاج إلى المسألة فلا يستحب عتقه، وإن كان ممن يخاف عليه المضى إلى دار الحرب، والرجوع عن دين الإسلام، أو يخاف عليه الفساد، كعبد يخـاف أنه إذا أعتق واحتاج سرق وفسق وقطع الطريق، أو جارية يخاف منها الزنا والفســاد كره إعتاقه، وإن غلب على الظن إفضاؤه إلى هذا كـان محرمًا، لأن التوسل إلى الحرام حرام، وإن أعتقه صح، لأنه إعتـاق صدر من أهله فى محله فصح كإعتاق غيره.

فـصل: ويحصل العتق بالقول والملك والاستيلاء، ونذكر ذلك فى مواضعه إن شاء الله

الرجل أفضل من إعتاق المـرأة لما روى كَعْبُ بن مُرَّة البَهْزى قـال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أيما رجل أعتق رجلاً مسلمًا كان فكاكه من النار، يجزى بكل عظم من عظامه، عظمًا من عظامه، وأيما رجل مسلـم أعتق امرأتين مسلمتين كانتـا فكاكه من النار، يجزى بكل عظم من عظامهما عظمًا من عظامه، وأيما امرأة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار، تجزى بكل عظم من عظامها عظمًا مع عظامها» وقيل: عتق المرأة للمرأة أفضل.

2- مسألة: (والمستحب عتق من له كسب ودين ينتفع بالعتق).

فأما من لا قوة له ولا كسب فلا يسـتحب عتقه ولا كتابته لسقوط نفقتـه عن سيده بإعتاقه فيضـيع أو يصير كلاّ على الناس ويحتـاج إلى المسألة فلا يستـحب عتقه ولا كتـابه، فإن كان ممن يخاف عليه الرجـوع إلى دار الحرب وترك إسلامه أو يخاف عليه الفـساد كمن يخاف أنه إذا أعتق فـاحتـاج سرق أو فـسق أو قطع الطريق، أو جارية يخـاف عليهـا الزنا والفسـاد كره إعتاقه، فإن غلب على الظن إفضاؤه إلى هذا كـان محرمًا، لأن التوسل إلى الحرام حرام، فإن أعتقه صح، لأنه إعتاق صدر من أهله فى محله فصح كعتق غيره.

3- مسألة: (ويحصل العتق بالقول والملك ولا يحصل بالنية المجردة).

لأنه إزالة ملك فلا يحصل بالنـية المجردة كالطلاق، وألفاظه تـنقسم إلى صريح وكناية،

---

(٢) أخرجه أبو داود فى «العـتق» (٤/ ٣٩٦٧) من طريق سالم بن أبى الجعد عن شرحـبيل بن السمط، أنه قال لكعب بن مـرة أو مرة بن كعب. . . الحديث قـال أبو داود: (سالم لم يسمع من شرحـبيل، مات شرحـبيـل بصفـين) وابن ماجـه فى «العتق» (٢/ ح٢٥٢٢) وأحـمد فى «مـسنده» (٤/ ٢٣٥، ٣٢١) وإسناده صحيح.

تعالى، ولا يحصل بالنيـة المجردة، لأنه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المـجردة كسائر الإزالة، وألفاظه تنقسم إلى صريح وكناية، فالصريح لفظ الحـرية والعتق وما تصرف منهما، نحو أنت حر أو محرر أو عـتيق أو معتق أو أعتقتـك، لأن هذين اللفظين وردا فى الكتاب والسنة وهما يستـعملان فى العـتق عرفًا، فكانا صـريحين فيـه فمتى أتى بشىء من هذه الألفـاظ حصل به العتق، وإن لم ينو شيئًا عتق أيضًا.

قال أحمد فى رجل لقى امرأة فى الطريق فقـال: تنحى يا حرة، فإذا هى جاريته قال: قد عتقت عليه، وقال فى رجل قال لخدم قيـام فى وليمة: مروا أنتم أحرار، وكانت معهم أم ولد له لم يعلم بها قال: هذا عندى تعتق أم ولده، ويحتمل أن لا تعتق فى هذين الموضعين، لأنه قصد باللفظة الأولى غـير العتق فلم تعتق بها، كـما لو قال: عبدى حر يريد أنه عـفيف كريم الأخلاق، وباللفظة الثانية أراد غـير أم ولده فأشبه ما لو نادى امرأة من نسائه فـأجابته غيرها، فقال: أنت طالق يحـسبها التى ناداها، فـإنها لا تطلق على رواية، فكذا هـهنا، فأمـا إن قصد غير العتق كالرجل يقول: عبدى هذا حر يريد عـفته وكرم أخلاقه، أو يقول لعبده: ما أنت إلا حر أى إنك لا تطيعنى ولا ترى لى عليك حقًا ولا طاعة فلا يعتق فى ظاهر المذهب.

قال حنبل سئل أبو عبد الله عن رجل قال لغلامـه: أنت حر وهو يعاتبه فقال: إذا كان لا يريد به العتق يقول كأنك حر، ولا يريد أن يكون حـرًا أو كلامًا نحو هذا رجوت أن لا يعتق، وأنا أهاب المسألة، لأنه نوى بكلامه ما يحتمله فـانصرف إليه كما لو نوى بكناية العتق العتق،

فالصـريح لفظ العـتق والحرية كيـف صرفا، نحـو أنت حر أو مـحرر أو عـتيق أو مـعتق أو أعتقتك، لأن هذين اللفظين وردا فى الكتاب والسنة وهما يستعملان فى العتق عرفًا، فمتى أتى بشىء من هذه الألفاظ حـصل به العتق سواء نواه أو لم ينوه، قال أحمـد فى رجل لقى امرأته فى الطريق فقال: تـنحى يا حرة فإذا هى جاريته، قـال: قد عتقت عليـه، وقال فى رجل قال لخدم قيام فى وليمة: مروا أنتم أحرار وكانت معهم أم ولده لم يعلم بها قال: هذا عندى تعتق أم ولده، ويحتمل أن لا تعتق فى هذين الموضعين، لأنه قصد باللفظة الأولى غير العتق، فلم تعتق به، كما لو قال: عبدى حر، يريد أنه عـفيف كريم الأخلاق، وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده، فأشبه ما لو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرها فقال: أنت طالق يظنها المناداة، فإنها لا تطلق فى رواية فكذا ههنا، وأما إن قصـد غير العتق كالرجل يقول: عبدى هذا حـر يريد عفته وكرم أخلاقه، أو يقول لعبده مـا أنت إلا حر أى إنك لا تطيعنى ولا ترى لى حقًا ولا طاعة، فلا يعتق فى ظاهر المذهب.

قال حنبل: سئل أبو عبد الله عن رجل قال لغـلامه: أنت حر وهو يعاتبه قال: إذا كان لا يريد به العتق يقول: كأنك حر ولا يريد أن يكون حرًا أو كـلامًا شبه هذا، رجوت أن لا يعتق وأنا أهاب المسألة، لأنه نوى بكلامه ما يحتمله فـانصرف إليه كما لو نوى بكناية العتق العتق،

وبهذا قــال الثورى، وابن المنذر قال: وإن طلب اســتحلافه حلف، وبــيان احتمــال اللفظ لما أراده أن المرأة الحرة تمدح بهذا، فـيقال امرأة حرة يعنون عفيفة، وتـمدح المملوكة به أيضًا، ويقال للحى الكريم الأخلاق حر، قالت سبيعة ترثى عبد المطلب شعرًا:

ولا تســأمــا أن تبـكيـا كـل ليلة ويوم على حــر كــريــم الشــمــائل

وأما الكناية فنحـو قوله: لا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك وأنـت سائبة، واذهب حيث شـئت، وقد خليـتك، فهـذا إن نوى به العتق عـتق، لأنه يحتـمله، وإن لم ينوه به لم يعتق، لأنه يحتـمل غيره ولم يرد به كتـاب ولا سنة ولا عرف استعمـال، وذكر القاضى وأبو الخطاب فى قوله: لا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك روايتين: **إحداهـما**: أنه صريح، **والثـانيـة**: أنه كناية، وهو الصحيح لما ذكـرناه، فأما إن قال: لا رق لى عليك، ولا ملك لى عليك، وأنت لله، فـقال القـاضى: هو صريـح، نص عليه أحـمد، وذكـر أبو الخطاب فيـه روايتين، ولا خــلاف فى المذهب أنه يـعتق به إذا نوى، وممــن قال: يعتق بقـوله أنت لله إذا نوى، الشعبى والمسيب بن رافع وحماد والشافعى، وقال أبو حنيفة: لا يعتق به، لأن مقتضاه أنت عبد الله أو مخلوق لله وهذا لا يقتضى العتق.

ولنا: أنه يحتمل أنه حـر لله أو عتيق لله أو عبد لله وحده لست بعـبد لى ولا لأحد سوى

قال: وإن طلب استــحلافه حلف، وبيان احتــمال اللفظ لما أراده أن المرأة تمـدح بهذا، يقال امرأة حرة يعنون عفيفة، وتمدح المملوكة به أيضًا، ويقال: للحيى الكريم الأخلاق حر، قالت سبيعة ترثى عبد المطلب:

ولا تســأمــا أن تبـكيـا كـل ليلة ويوم على حــر كــريــم الشــمــائل

وأما الكنـاية فنحو قوله: خـليتك والحق بأهلك واذهب حـيث شئت ونحـوها، وكذلك قوله: حـبلك على غاربك، فهذا إن نوى به العـتق عتق، وإن لم ينوه لم يعتق، لأنه يحـتمل غيره ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استـعمال، وفى قوله: لا سبيل لى عليك، ولا ملك لى عليك، ولا رق لى عليك، وفـككت رقبـتك، وأنت مـولاى، وأنت لله، وأنت سائبـة، روايتان: **إحداهـما: أنه صريح، والأخـرى**: كناية، ذكر القاضى وأبو الخطاب فى قوله: لا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك روايتين: **إحداهما**: أنه صريح، **والأخرى**: كناية، قال شيـخنا: والصحيح أنه كناية لمـا ذكرناه، فأما قـوله: لا ملك لى عليك، ولا رق لى عليك، وأنت لله، فقـال القاضى: هو صريح نص عليه أحـمد، وذكر أبو الخطاب فيـه روايتين، لأنه يحتمل غيـر العتق ولا خلاف فى المذهب أنه يعتق به إذا نوى، وممن قـال يعتق بقوله: أنت لله إذا نوى، الشعبـى والمسيب بن رافع وحماد والـشافعى وقال أبو حنيفـة: لا يعتق به، لأن مقتضاه، أنت عبد الله أو مخلوق لله، وهذا لا يقتضى العتق.

ولنا أنه يحتمل أنت حر لله أو عتيق لله أو عـبد لله وحده لست بعبد لى ولا لأحد سوى

الله، فإذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات، ومـا ذكروه لا يصح، لأن احتماله لما ذكروه لا يمنع احتماله لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات، فإنهـا تحتمل العتق وغيره ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه، وما يحتـمل أمرين انصرف إلى أحدهما بالنية وهذا شأن الكنايات، وما ذكروه من الاحتمـال يدل على أن هذا ليس بصريح، وإنما هو كناية، وقوله: لا ملك لى عليك ولا رق لى عليك خـبر عن انتـفاء ملكه ورقه لم يـرد به شرع ولا عرف اسـتعـمال فى العتق، فلم يكن صريحًا فيه كقوله: ما أنت عبدى ولا مملوكى وقوله لامرأته: ما أنت امرأتى ولا زوجتى.

فـصل: وإن قال لأمته: أنت طالق ينوى العتق به ففيه روايتان: إحداهما: لا تعتق به وهو قول أبى حنيفة، لأن الطلاق لفظ وضع لإزالة الملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة كفـسخ الإجارة، ولأن ملك الرقـبة لا يستـدرك بالرجعة فـلا ينحل بالطلاق كسـائر الأملاك، **والرواية الثـانية**: هو كناية تعتق به الأمة إذا نوى العتق، وهو قـول مالك والشافعى، لأن الرق أحـد الملكين على الآدمى فـيزول بلفظ الـطلاق كالآخـر أو فيكون الـلفظ الموضـوع لإزالة أحدهما كناية فى إزالة الآخر، كالحرية فى إزالة النكاح، ولأن فيه معنى الإطلاق، فإذا نوى به إطلاقها من ملكه فقد نوى بلفظه ما يحتمله فتحل به الحرية كسائر كنايات العتق.

الله، فإذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات، ومـا ذكروه لا يصح، لأن احتماله لما ذكروه لا يمنع احتماله لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات، فإنهـا تحتمل العتق وغيره ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه وما احتـمل أمرين انصرف إلى أحدهما بالنية، وهذا شأن الكنايات، وما ذكروه من الاحتمـال يدل على أن هذا ليس بصريح، وإنما هو كناية، وقوله: لا ملك لى عليك، ولا رق لى عليك خبر عن انتفاء ملكه ولم يرد به شرع عرف استعمال فى العتق، فلم يكن صريحـًا فيه كـقوله: ما أنت عـبدى ولا مملـوكى، وقوله لامرأته: مـا أنت امرأتى ولا زوجتى، وفى قوله: فككت رقبـتك، وأنت سائبة، وأنت مولاى روايتان: **إحـداهمـا**: هـو صريح فى العتق، لأنها تتضمنه، وقد جاء فى كتاب الله تعالى: ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ (البلد: ١٣) يعنى العتق فكانت صريحة كقوله: اعتقتك، **والثانية**: هو كناية، لأنه يحتمل غير العتق.

4- مـسألة: (وفى قوله لأمته: أنت طالق وأنت حرام روايتان):

إحـداهمـا: هى كناية الأخرى لا تعـتق به وهو قول أبى حنيـفة، لأن الطلاق لفظ وضع لإزالة الملك عن المنفعة، فلم يزل به الملك عن الرقبـة كفسخ الإجارة، ولأن ملك الرقبة لا يستدرك بالرجعة فلا ينحل كسائر الأملاك.

والثـانيـة: وهو كناية العتق به إذا نواه وهو قول مالـك والشافعى، لأن الرق أحد الملكين على الآدمى فيزول بلفظ الطـلاق كالآخر، أو فيكون اللفظ الموضـوع لإزالة أحدهما كناية فى إزالة الآخر، كالحرية فى إزالة النكاح، ولأن فيه معنى الإطلاق، فإذا نوى به إطلاقها من ملكه فقد نوى بلفظه ما يحتمله فتحصل به الحرية كسائر كنايات العتق.

فـصل: فإن قال لأكبر منه أو لمن لا يولد لمـثله: هذا ابنى مثل أن يقول من له عشرون سنة لمن له خمس عـشرة سنة هذا ابنى لم يعـتق، ولم يثبت نسبـه، وقال أبو حنيفـة: يعتق وخرجه أبو الخطاب وجهًا لنا، لأنه اعترف بما تثبت به حريته فأشبه ما لو أقر بها.

ولنا: أنه قول يتـحقق كذبه فـيه، فلم تثبت بـه الحرية، كمـا لو قال لطفل: هذا أبى أو لطفلة هذه أمى، قال ابن المنذر: هذا من قول النعـمان شاذ لم يسبقه أحد إليـه ولا تبعه أحد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقينًا، ولو جاز هذا لجاز أن يقول الرجل لطفل: هذا أبى، ولأنه لو قـال لزوجتـه وهى أسن منه: هذه ابنـتى، أو قال لهـا وهو أسن منهـا: هذه أمى لم تطلق، كذا هذا.

فـصل: فإن قال لأمته: أنت حرام علىَّ ينوى به العتق عتقت، وذكر أبو الخطاب أن فيها رواية أخرى لا تعتق كـقوله لها: أنت طالق والصحـيح أنها تعتق به، لأنه يحـتمل أنت حرام على لكونك حرة فتعتق به، كقوله: لا سبيل لى عليك.

فـصل: وإن قال لأمته: أنت حرام ينوى به العتق عتقت، وذكر أبو الخطاب أن فيها رواية أخرى لا تعتق، كقوله لها: أنت طالق، والصحـيح أنها تعتق به، لأنه يحتمل أنك حرام على لكونك حرة فتعتق به، كقوله لا سبيل لى عليك.

5- مسألة: (وإن قال لعبده وهو أكبر منه أنت ابنى لـم يعتق، ذكره القاضى، ويحتمل أن يعتق).

إذا قال لأكبر منه أو لمن لا يولد لمثله: هذا ابنى، مثل أن يقول من له عشرون سنة لمن له خمسـة عشرة سنة: هذا ابنى لم يعتق ولم يثبت نسـبه، وقال أبو حنيفة: يعـتق وخرجه أبو الخطاب وجهًا لنا، لأنه اعترف بما تثبت به حريته فأشبه ما لو أقر بها.

ولنا: أنه قول يتحقق كذبه فيه فلم يثبت الحرية، كما لو قال لطفل: هذا أبى، أو لطفلة: هذه أمى، قال ابن المنذر: هذا من قول النعـمان شاذ لم يسبقه أحد إليه ولا تبـعه أحد عليه، وهو محال من الكلام وكذب يقينًا، ولو جاز هذا لجاز أن يقول الرجل لطفل: هذا أبى، ولأنه لو قال لزوجتـه وهى أسن منه: هذه ابنتى أو قال لها وهو أسن منهـا: هذه أمى لم تطلق كذا هنا.

6- مسألة: (وإن أعتق حاملاً عتق جنينها إلا أن يستثنيه).

لأنه يتبعها فى البيع والهبة ففى العتق أولى، فإن استثناه لم يعتق، روى ذلك عن ابن عمر وأبى هريرة والنخـعى وإسحـاق وابن المنذر، وقـال ابن سيـرين: له ما اسـتثنى وقـال عطاء والشعبى: إذا استـثنى ما فى بطنها فله ثنياه، وقال مالك والشافـعى: لا يصح استثناء الجنين، لأن النبى ﷺ نهى عن الثنـيا إلا أن تعلم، وقـيـاسًا على اسـتـثنائه فى البـيع أشبـه بعض أعضائها.

فـصل: ويصح العتق من كل من يجوز تصرفه فى المال، وهو البالغ العاقل الرشيد سواء كان مسلمًا أو ذميًا أو حربيًا ولا نعلم فى هـذا خلافًا إلا عن أبى حنيفة ومن وافقه فى أن عتق الحربى لا يصح، لأنه لا ملك له على التمام بدليل إباحة أخذ الجـزية منه وانتفاء عصمته فى نفسه وماله.

ولنا: أنه يصح طلاقه فـصح إعتاقه كـالذمى ولأنه مالك بالغ عاقل رشـيد فصح إعتـاقه كالذمى وقولهم: لا ملك له لا يصح، فإنهم قد قالوا: إنـهم يملكون أموال المسلمين بالقهر، فلأن يثبت الملك لهم فى غير ذلك أولى.

فـــصل: ولا يصح من غير جـائز التصرف فلا يصح عتـق الصبى والمجنون، قـال ابن المنذر: هذا قول عامـة أهل العلم، وممن حفظنا عنه ذلك الحسن والشـعبى والزهرى ومالك

ولنا: أنه قول ابن عمر وأبى هريرة، قال أحمد: أذهب إلى حديث ابن عمر فى العتق ولا أذهب إليه فى البيع ولقول النبى ﷺ: «المسلـمون على شروطهم» ولأنه يصح إفراده بالعتق فصح استثناؤه كالمنفصل، وخبرهم نقـول به والحمل معلوم فصح استثناؤه للحديث، ويفارق البيع، لأنه عقد معـاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليـعلم هل هو قائم مقام العوض أم لا؟ والعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفـة صفات المعتق ولا تنافيه الجهالة، ويكفى العلم بوجوده وقد وجـد، ولذلك صح إفراد الحمل بالعتق لم يصح بالبيع، ولأن اسـتثناؤه فى البيع إذا بطل بطل البيع كله، وههنا إذا بطل اسـتثناؤه لم يبطل العتق فى الأمة ويسرى الإعـتاق إليه فكيف يصح إلحاقه به مع تضاد الحكم فيها؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها، لأنه يصح انفراده بالحرية عن أمه فيما إذا أعتقه دونها وفـى ولد المغرور بحرية أمه وفيما إذا وطئ بشبهة وفى ولد أم الولد وغـير ذلـك ولا يصح ذلك فى بعض أعضـائهـا، ولأن الولد يرث ويورث يوصى به، فكيف يصح قياسه على بعض الأعضاء؟.

وروى الأثرم عن ابن عمـر أنه أعتق أمة واستـثنى ما فى بطنها، ولأنها ذات حـمل فصح استثناء حملها كما لو باع نخلة لم تؤبر واشـترط ثمرتها، وقال القاضى: يخرج على الروايتين فيما إذا اسـتثنى ذلك فى البيع والمنصوص عنه ما ذكرنا من أنه يصـح استثناؤه فى العتق، ولا يصح فى البيع لما ذكرنا من الفرق بينهما.

7- مسألة: (وإن أعتق ما فى بطنها دونها، عتق وحده).

لا نعلم فى ذلك خلافًـا، وهو قول سفيـان وأحمد وإسحاق، لأن حكمـه حكم الإنسان المنفرد، ولهذا يورث الجنين إذا ضرب بطن امرأة فأسقطت جنينًا وجب فيه غرة موروثة عنه، كأنه سقط حيًا وتصح الوصيـة به وله، ويرث إذا مات موروثه قبل أن يولد ثم ولد بعده فصح عتقه كالمنفصل.

فصل: ولا يصح العتق إلا من جائز التصرف، فلا يصح عتق الصبى والمجنون، قال ابن

والشافعى وأصحاب الرأى، وذلك لـقول النبى ﷺ : «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ» (٣) ولأنه تبرع بالمال فلم يصح منهما كالهبة، ولا يصح عتق السفيه المحجور عليه، وهو قول القاسم بن محمد، وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يصح عتقه قياسًا على طلاقه وتدبيره.

ولنا: أنه محجـور عليه فى ماله لحظ نفســه فلم يصح عتقه كالـصبى، ولأنه تصرف فى المال فى حيـاته فأشبه بيعــه وهبته، ويفارق الطلاق، لأن الحجر عــليه فى ماله والطلاق ليس بتصـرف فيه، ويفارق التـدبير، لأنه تصرف فيـه بعد موته وغناه عنه بالموت، ولهــذا صحت وصيته ولم تصح هبته المنجزة، وعتق السكران مبنى على طلاقه وفيه من الخلاف ما فيه، ولا يصح عتق المكره كما لا يصح طلاقه، ولا بيعه ولا شيء من تصرفاته.

فـصل: ولا يصح العتق من غير المالك فلو أعتق عبيد ولده الصغير أو يتيمه الذى فى حجره لم يصح وبهـذا قال الشافعى وابن المنذر، وقـال مالك: يصح عتق عبد ولده الصـغير لقوله ﷺ : «أنت ومالك لأبيك» (٤) ولأن له عليه ولاية وله فيه حق فصح إعتاقه كماله.

ولنا: أنه عتق من غـير مالك فلم يصح كـإعتاق عبـد ولده الكبير، قـال ابن المنذر: لما ورث الله الأب من مال ابنه السدس مع ولده دل على أنه لا حق له فى سائره.

وقوله ﷺ : «أنـت ومالك لأبيك» لم يرد به حـقيـقة الملك، وإنمـا أراد المبالـغة فى وجوب حقه عليـك وإمكان الأخذ من مالك وامتناع مطالبتك له بما أخـذ منه، ولهذا لا ينفذ إعتاقـه لعبد ولده الكبير الذى ورد الخـبر فيه وثبوت الولاية له علـى مال ولده أبلغ من امتناع إعتـاقه عبده، ولأنه إنـما أثبت الولاية عليه لحظ الصـبى ليحفظ مـاله عليه وينميـه له ويقوم بمصـالحه التى يعـجز الصبى عن القـيام بها، وإذا كـان مقصـود الولاية الحفظ اقـتضت منع

المنذر: هذا قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعـبى والزهرى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى وذلك لقول النبى ﷺ : «رفـع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبـلغ، وعن المجنون حتى يفـيق، وعن النائم حتى يستـيقظ» ولأنه تبرع بالمـال فلم يصح كالهبـة، ولا يصح عتق المحجور عليه للسفه، وهو قول القاسم بن محمد، وعنه يصح قياسًا على طلاقه وتدبيره.

ولنا: أنه محجور عليـه فى ماله لحظ نفسه، فلم يصح عتقـه كالصبى، ولأنه تصرف فى المال فى حـياته أشبـه هبته وبيـعه، ويفارق الطلاق لأن الحـجر عليه فـى ماله والطلاق ليس بتصـرف فيه، ويفارق التـدبير، لأنه تصرف فيــه بعد موته وغناه عنه بالموت، ولهــذا صحت وصيته ولم تصح هبته المنجزة، وعتق السكران مبنى على طلاقه وفيه من الخلاف ما فيه، ولا يصح عتق المكره كمـا لا يصح بيعه ولا تصرفاته، ولا يصح عتق المـوقوف، لأن فيه إبطالاً لحق البطن الثانى منه وليس له ذلك.

---

(٣) تقدم فى (ج١/ ٥٤٠).

(٤) تقدم فى (ج٤/ ٧٨).

التضييع والتفريط بإعتاق رقيقه والتبرع بماله، ولو قال رجل لعبد آخر: أنت حر من مالى فليس بشىء، فإن اشتراه بعد ذلك فهو مملوكه ولا شىء عليه، وبهذا قال مالك والشافعى وعامة الفقهاء، ولو بلغ رجلاً أن رجلاً قال لعبده: أنت حر من مالى، فقال: قد رضيت فليس بشىء، وبهذا قال الثورى وإسحاق.

١٩٤٦- **مسألة:** قال أبو القاسم رحمه الله: (**وإذا كان العبد بين ثلاثة فأعتقوه معًا أو وكل نفسان الثالث أن يعتق حقوقهما مع حقه ففعل أو أعتق كل واحد منهم حقه وهو معسر فقد صار حرًا وولاؤه بينهم أثلاثًا**).

وجملته: أن العبد متى كان لثلاثة فأعتقوه معًا إما بأنفسهم بأن يتلفظوا بعتقه معًا أو يعلقوا عتقه على صفة واحدة فتوجد أو يوكلوا واحدًا فيعتقه أو يوكل نفسان منهم الثالث فيعتقه فإنه يصير حرًا وولاؤه بينهم على قدر حقوقهم فيه، لأن النبى ﷺ قال: «إنما الولاء لمن أعتق»[٥] وكل واحد منهم قد أعتق حقه فيثبت له الولاء عليه، وهذا لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافًا، فأما إن أعتقه سادته الثلاثة واحدًا بعد واحد وهم معسرون أو كان المعتقان الأولان معسرين، والثالث موسرًا، فالصحيح فيه أنه يعتق على كل واحد منهم حقه وله ولاؤه وهذا قول أكثر أهل العلم، وحكى ابن المنذر فيما إذا أعتق المعسر نصيبه قولين شاذين:

أحدهما: أنه باطل لأنه لا يمكن أن يعتق نصفه منفردًا إذ لا يمكن أن يكون إنسان نصفه حر ونصفه عبد كما لا يمكن أن يكون نصف المرأة طالقًا ونصفها زوجة ولا سبيل إلى إعتاق جميعه فبطل كله، **والثانى:** يعتق كله وتكون قيمة نصيب الذى لم يعتق فى ذمة المعتق يتبع بها إذا أيسر كما لو أتلفه وهذان القولان شاذان لم يقلهما من يحتج بقوله ولا يعتمد على مذهبه ويردهما قول النبى ﷺ: «من أعتق شركًا له فى عبد فكان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم

فصل: **ولا يصح العتق من غير المالك بغير إذنه**، فلو أعتق عبد ولده الصغير أو يتيمه الذى فى حجره لم يصح، وبهذا قال الشافعى وابن المنذر، وقال مالك: يصح عتق عبد ولده الصغير لقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» ولأن له عليه ولاية وله فيه حق فصح إعتاقه كماله.

ولنا: أنه عتق من غير مالك فلم يصح كإعتاق عبد ولده الكبير، قال ابن المنذر: لما ورث الله الأب من مال ابنه السدس مع ولده، دل على أنه لا حق له فى سائره، وقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» لم يرد به حقيقة الملك، وإنما أراد المبالغة فى وجوب حقه عليك وإمكان الأخذ من مالك وامتناع مطالبتك إياه بما أخذ منه، ولهذا لم ينفذ إعتاقه لعبد ولده الكبير الذى ورد الخبر فيه وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ فى امتناع إعتاق عبده،

---

(٥) تقدم فى (ج٨/ ٨٨).

عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه وحصصهم وعتق جميع العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق» متفق عليه(٦)، وإذا ثبت أنه لا يعتق على المعسر إلا نصيبه فباقى العبد على الرق، وإذا أعتقه مالكه عتق بإعتاقه وكان لكل واحد منهم ولاء ما أعتق، لأن الولاء لمن أعتق، ويفارق العتق الطلاق لكون المـرأة لا يمكن الاشتـراك فيهـا ولا ورود النكاح على بعـضها ولا تكـون إلا الواحد، فنظيره إذا كان العبد لواحد فأعتق جزءًا منه، فإنه يعتق جميعه.

فـصل: وإذا قال كل واحد من الشركاء للعبـد: إذا دخلت الدار فنصيبى منك حر، فدخل عـتق عليهم جـميعًـا، سواء قالوا ذلـك دفعة واحدة أو فى دفعـات متفرقـة، لأن العتق فى أنصبائهم يقع دفعة واحدة، وإن اختلفت أوقات تعليقه.

١٩٤٧- مسألة: قال: **(ولو أعتقه أحدهم وهو موسر عتق كله وصار لصاحبه عليه قيمة ثلثيه).**

وجملته: أن الشريك إذا أعتق نصيبه من العبد وهو موسر عتق نصيبه، لا نعلم خلافًا فيه لما فيه من الأثر، ولأنه جـائز التصرف أعتق ملكه الذى لم يتعلق به حق غيره فنفـذ فيه، كما لو أعتق جميع العبد المـملوك له، وإذا أعتق نصيبه سرى العتق إلى جميعه فـصار جميعه حرًا وعلى المعـتق قيمة أنصـباء شركائه والولاء لـه، وهذا قول مالك وابن أبى ليلى وابن شبـرمة والثورى والشافعى وأبى يوسف ومحمد وإسحاق.

وقال البـتىُّ: لا يعتق إلا حـصه المـعتق ونصـيب الباقـين باق على الرق ولا شىء على المعـتق لما روى ابن التلب عن أبيه «أن رجـلاً أعتق شقـصًا له فى مملوك فلـم يضمنه النبى

لأنه إنما أثبت عليه الولاية لحظ الصبى ليحفظ ماله عليه وينميه له ويقوم بمصالحه التى يعجز الصبى عن القيام لها، وإذا كـان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التفريط والتـضييع بإعتاق رقيقه والتبرع بماله، ولو قال رجل لعبد: أنت حر من مالى فليس بشىء، فإن اشتراه بعد ذلك فهو مملوكه ولا شىء عليه، وبه قال مالك والشـافعى وعامة الفقهاء، ولو بلغ رجلاً أن رجلاً قال لعبده: أنت حر من مالى، فقال: قد رضيت فليس بشىء، وبه قال الثورى وإسحاق.

8- مـسـألة: (وأما الملك فـمن ملك ذا رحم محرم عـتق عليه وعنه لا يعتق إلا عـمودا النسب).

ذو الرحم المحرم القـريب الذى يحرم نكاحه عليه، لو كان أحدهمـا رجلاً والآخر امرأة وهم الوالدان وإن علوا من قـبل الأب والأم جمـيعًـا والولد وإن سفـل من ولد البنين والبنات والأخوة والأخوات وأولادهم وإن سفلوا والأعمام والعمات والأخوال والخالات وإن علوا دون أولادهم فمـتى ملك أحدًا منهم عتق عليه، روى ذلك عن عـمر وابن مسعـود رضي الله عنهما، وبه قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وابن أبى ليلى والثـورى والليث وأبو حنيفة والحسن بن

---

(٦) تقدم فى (ج٧/ ٣٤).

عليه السلام، ذكره أحمد ورواه[٧]، ولأنه لو باع نصيبه لاختص البيع به، فكذلك العتق إلا أن تكون جارية نفيسة يغالى فيها، فيكون ذلك بمنزلة الجناية من المعتق للضرر الذى أدخله على شريكه.

وقال أبو حنيفة: لا يعتق إلا حصة المعتق ولشريكه الخيار فى ثلاثة أشياء إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ.

ولنا: الحديث الذى رويناه وهو حديث صحيح متفق عليه[٨]، ورواه مالك فى موطئه عن نافع عن ابن عمر فأثبت النبى صلى الله عليه وسلم العتق فى جميعه وأوجب قيمة نصيب شريك المعتق الموسر عليه ولم يجعل له خيرة ولا لغيره.

وروى قتادة عن أبى المليح عن أبيه: أن رجلاً من قومه أعتق شقصًا له من مملوك فرفع ذلك إلى النبى صلى الله عليه وسلم فجعل خلاصه عليه فى ماله، وقال: «ليس لله شريك»[٩] قال أبو عبد الله: الصحيح أنه عن أبى المليح عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسل وليس فيه عن أبيه، هذا معنى كلامه، وقول البتى شاذ يخالف الأخبار كلها فلا يعول عليه، وحديث التلب يتعين حمله على

صالح وشريك ويحيى بن آدم، وأعتق مالك الوالدين والمولودين وإن بعدوا والإخوة والأخوات دون أولادهم ولم يعتق الشافعى إلا عمودى النسب، وعن أحمد كذلك، ولم يعتق داود وأهل الظاهر أحدًا حتى يعتقه، لقول النبى صلى الله عليه وسلم: «لا يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه» رواه مسلم.

ولنا: ما روى الحسن عن سمرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» رواه أبو داود والترمذى وقال: حديث حسن، ولأنه ذو رحم محرم فعتق عليه بالملك كعمودى النسب كالإخوة والأخوات عند مالك، فأما قوله: «حتى يشتريه فيعتقه» فيحتمل أنه أراد فيشتريه فيعتقه بشرائه كما يقال: ضربه فقتله والضرب هو القتل، وذلك لأن الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى جاز عطف صفته عليه، كما يقال: ضربه فأطار رأسه، وسواء ملكه بشراء أو هبة أو غنيمة أو إرث أو غيره، لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافًا.

فصل: ولا خلاف فى أن المحارم من غير ذوى الأرحام لا يعتقون على سيدهم كالأم من الرضاعة والأخ منها والربيبة منها وأم الزوجة وابنتها إلا أنه حكى عن الحسن وابن سيرين

---

(٧) أخرجه أبو داود فى «العتق» (٤/ ح٣٩٤٨) من طريق شعبة، عن خالد عن أبى بشر العنبرى عن ابن التلبِّ عن أبيه، أن رجلاً. . . فذكره، قال أحمد: إنما هو بالتاء يعنى التلب ـ وكان شعبة ألثغ لم يبين التاء من الثاء، وقال الألبانى: إسناده ضعيف.

(٨) تقدم فى (ج٧/ ٣٤).

(٩) أخرجه أبو داود فى «العتق» (٤/ ح٣٩٣٣) وأحمد فى «مسنده» (٥/ ٧٤، ٧٥) وإسناده صحيح.

المعسر جمعًا بين الأحاديث، وقياس العتق على البيع لا يصح، فإن البيع لا يسرى فيما إذا كان العبد كله له والعتق يسرى، فإنه لو باع نصف عبده لم يسر ولو أعتق نصفه عتق كله، وإذا ثبت هذا: فإن ولاءه يكون له، لأنه عتق بإعتاقه من ماله وقد قال النبى ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»(١٠) ولا خلاف فى هذا عند من يرى عتقه عليه.

فصل: ولا فرق فى هذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين أو بعضهم مسلمًا وبعضهم كافرًا، ذكره القاضى وهو قول الشافعى، وقال أبو الخطاب فى الكافر وجه أنه إذا أعتق نصيبه من مسلم أنه لا يسرى إلى باقيه ولا يقوم عليه لأنه لا يصح شراء الكافر عبدًا مسلمًا.

ولنا: عموم الخبر، ولأن ذلك ثبت لإزالة الضرر فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب والغرض هاهنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التمليك بخلاف الشراء ولو قدر أن هاهنا تمليكًا لكان تقديرًا فى أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق ولا ضرر فيه فإن قدر فيه ضرر فهو مغمور بالنسبة إلى ما يحصل من العتق فوجوده كالعدم، وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق، والله أعلم.

وشريك أنه لا يجوز بيع الأخ من الرضاعة، وروى عن ابن مسعود أنه كرهه والأول أصح قال الزهرى: جرت السنة بأن يباع الأخ والأخت من الرضاعة ولأنهم لا نص فى عتقهم ولا فى معنى المنصوص عليه فيبقون على الأصل، ولأنهما لا رحم بينهما ولا توارث ولا تلزمه نفقته فأشبه الربيبة وأم الزوجة.

٩- مسألة: (وإن ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه فى ظاهر كلام أحمد).

لأن أحكام الولد غير ثابتة فيه وهى الميراث والحجب والمحرمية ووجوب الإنفاق وثبوت الولاية عليه ويحتمل أن يعتق، لأنه جزءه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج ولهذا لو ملك ولده المخالف له فى الدين عتق عليه مع انتفاء هذه الأحكام.

10- مسألة: وإن ملك سهمًا ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وعليه قيمة نصيب شريكه، وإن كان معسرًا لم يعتق عليه إلا ما ملك، وإن ملكه بالميراث لم يعتق منه إلا ما ملك، موسرًا كان أو معسرًا وعنه أنه يعتق نصيب الشريك إن كان موسرًا.

وجملة ذلك أن من ملك سهمًا ممن يعتق عليه فإنه يعتق عليه ما ملك منه سواء ملكه بعوض أو غير عوض كالاغتنام والوصية وسواء ملكه باختياره كالذى ذكرنا أو بغير اختياره كالميراث، لأن كل ما يعتق به الكل يعتق به البعض كالإعتاق بالقول ثم ينظر، فإن كان معسرًا لم يسر العتق واستقر فى ذلك الجزء ورق الباقى، لأنه لو أعتقه بقوله، لم يسر إعتاقه بتصريحه بالعتق وقصده إياه فههنا أولى، وإن كان موسرًا وكان الميراث باختياره كالملك بغير الميراث سرى إلى باقيه فعتق جميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقيه، لأنه فوته عليه، وبهذا قال

---

(١٠) تقدم فى (ج٨/ ٨٨).

١٩٤٨- مسألة: قال: **(فإن أعتقاه بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق لأنه قد صار حرًا بعتق الأول له)** .

يعنى أن العتق يسرى إلى جميعه باللفظ لا بدفع القيمة فيعتق كله حين لفظ بالعتق ويصير حرًا وتستقر القيمة عليه فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وابن المنذر والشافعى فى قول له واختاره المزنى وقال الزهرى وعمرو بن دينار ومالك والشافعى فى قول له: لا يعتق إلا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ملكًا لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق، وهذا مقتضى قول أبى حنيفة واحتجوا بقول النبى ﷺ: «قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد»(١١) وفى لفظ رواه أبو داود «فإن كان موسرًا يقوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم يعتق»(١٢) فجعله عتيقًا بعد دفع القيمة، ولأن العتق إذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقًا لم يعتق إلا بالأداء كالمكاتب، وللشافعى قول ثالث إن العتق مراعى، فإن دفع القيمة تبينًا أنه كان عتق من حين أعتق نصيبه، وإن لم يدفع القيمة تبينا أنه لم يكن عتق، لأن فيه احتياطًا لهما جميعًا.

ولنا: حديث ابن عمر روى بألفاظ مختلفة تجتمع فى الدلالة على الحرية باللفظ فمنها لفظ رواه أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «من أعتق شركًا له فى عبد فكان له ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق» رواه البخارى وأبو داود والنسائى(١٣) وفى لفظ رواه ابن أبى مليكة عن نافع عن ابن عمر «فكان له مال فقد عتق كله»(١٤) وفى رواية ابن أبى ذئب

مالك والشافعى وأبو يوسف، وقال قوم: لا يعتق عليه إلا ما ملك سواء ملكه بشراء أو غيره، لأن هذا لم يعتقه وإنما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه فلم يسر كما لو ملكه بالميراث وفارق ما أعتقه، لأنه فعله باختياره قاصدًا إليه.

ولنا: أنه فعل سبب العتق اختيارًا منه وقصد إليه فسرى ولزمه الضمان كما لو وكل من اعتق نصيبه وفارق الميراث، فإنه حصل بغير فعله ولا قصده، ولأن من باشر سبب السراية اختيارًا لزمه الضمان، كمن جرح إنسانًا فسرى جرحه، ولأن مباشرة ما يسرى ونسبته إليه فى لزوم حكم السراية واحدة بدليل استواء الحافز والدافع فى ضمان الواقع، فأما إن ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر فيما ملكه ورق الباقى موسرًا كان أو معسرًا، لأنه لم يتسبب

---

(١١) تقدم فى (ج/٧ ٣٤). (١٢) تقدم فى (ج/٧ ٣٤).

(١٣) أخرجه البخارى فى «الشركة» (٥/ ح٢٤٩١/ فتح) ومسلم (٣/ أيمان/ ١٢٨٦، ١٢٨٧) وأبو داود فى «العتق» (٤/ ٣٩٤١) وابن ماجه فى «العتق» (٢/ ح٢٥٢٨) والنسائى فى «البيوع» (٧/ ٤٧١٣).

(١٤) أخرجه البخارى فى «الشركة» (٥/ ح٢٥٠٣/ فتح) ومسلم فى «الأيمان» (٣/ ٤٨/ ١٢٨٦) من طريق عبيد الله عن نافع بن عمر... وأبو داود فى «العتق» (٤/ ح٣٩٤٣).

عن نافع عن ابن عمـر «وكان للذى يعتق ما يبلغ ثمنه فـهو يعتق كله» [(١٥)] وروى أبـــو داود بإسناده عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعتق شقـصًا فى مملوك فهو حر من ماله» [(١٦)] وهذه نصوص فى محل النزاع فإنه جعله حرًا وعتيقًا بإعتاقه مشروطًا بكونه موسرًا، ولأنه عتق بالسـراية فكانت حاصلة عقيب لفظـه، كما لو أعتق حـرًا من عبيده، ولأن القـيمة معـتبرة وقت الإعـتاق ولا ينفذ تصـرف الشريك فيـه بغير الإعـتاق، وعند الشافـعى لا ينفذ بالإعتاق أيضًا فدل على أن العـتق حصل فيه بالإعتاق الأول فأما حديثهم فـلا حجة لهم فيه، فإن الواو لا تقتضى ترتيبًا، وأما العطف بثم فى الـلفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب فإنها قد ترد لغير الترتيـب كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ اللَّهُ شَهِيدٌ عَلَىٰ مَا يَفْعَلُونَ﴾ (يونـس: ٤٦)وأما العوض فـإنما وجب عن المتلف بالإعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الإعتاق وعدم اعتبار التراضى فيه وجوب القيمـة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابـة، فإذا ثبت هذا فإن الشريكين إذا أعتـقاه بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهمـا فيه عتق، ولا لهما عليه ولاء، وولاؤه كله للمعتق الأول وعليه القيمة، لأنه قد صـار حرًا بإعتاقه، وعند مالك يكون ولاؤه بينهم أثلاثًا ولا شىء على المعـتق الأول من القيمـة، ولو أن المعتـق الأول لم يؤد القيمـة حتى أفلس عتق العـبد وكانت القيمـة فى ذمته دينًا يزاحم بها الشريكان عندنا، وعند مالـك لا يعتق منه إلا ما عتق، ولو كان المـعتق جارية حامـلاً فلم تؤد القيمة حـتى وضعت حملها، فليس على الـمعتق إلا قيمتها حين أعتقها، لأنه حـينئذ حررها، وعند مالك يقوم ولدها أيضًا ولو تلف العبد قبل أداء القيمة مات حـرًا والقيمة على المعتق، لأنه فوت عليه رقـه، وعند مالك لا شىء على المعتق ما لم يقوم ويحكم بقيمته فهو فى جميع أحكامه عبد.

إلى إعتاقـه، وإنما حصل بغير اختـياره وبه قال مالك والشافعى وأبو يوسف، وعـن أحمد ما يدل على أنه يسـرى إلى نصيب الشريك إذا كـان موسـرًا، لأنه عتق عليه بعـضه وهو مـوسر فسرى إلى باقيه كما لو وصى له به فقبله، والمذهب الأول، لأنه لم يعتقه ولا تسبب إليه فلم يضمن ولم يسر كالأجنبى، وفارق ما تسبب إليه.

فصل: وإن ورث الصبى والمجنون جزءًا ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه لأنه إذا لم يسر فى حق المكلف ففى حقهما أولى، وإن وهب لهما أو وصى لهما به وهما معسران فعلى وليهـما قبوله، لأنه نفع لهـما بإعتاق قـريبهما، من غيـر ضرر يلحق قريبهـما وإن كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بعضه؟ فيه وجهان.

أحـدهمـا: لا يقوم ولا يسرى العتق إليه، لأنه يدخل ملكه بغيـر اختياره أشبه ما لو ورثه **والثانى:** يقوم عليه، لأن قبول وليه يقوم مقام قبوله فأشبه الوكيل، فعلى هذا الوجه ليس لوليه

---

(١٥)أخرجه البخارى فى «العتق» (٥/ ح٢٥٢٥) ومسلم (٣/ أيمان/ ١٢٨٦).

(١٦)أخرجه أبو داود فى «العتق» (٤/ ٣٩٣٧/ ٣٩٣٨) وإسناده صحيح.

فصل: والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق، لأنه حين الإتلاف، وهو أحد أقوال الشافعى، وللشريك مطالبة المعتق بالقيمة على الأقوال كلها، فإن اختلفا فى قدرها رجع إلى قول المقومين، فإن كان العبد قد مات أو غاب أو تأخر تقويمه زمنًا تختلف فيه القيم، ولم تكن بينة فالقول قول المعتق لأنه ينكر الزيادة، والأصل براءة ذمته منها، وهذا أحد قولى الشافعى، وإن اختلف فى صناعة فى العبد توجب زيادة القيمة فالقول قول المعتق لذلك، إلا أن يكون العبد يحسن الصناعة فى الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمها فيه فالقول قول الشريك، لأننا علمنا صدقه، وإن مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان: **أحدهما**: القول قول المعتق، لأن الأصل براءة ذمته، **والثانى**: القول قول الشريك لأن الأصل بقاء ما كان وعدم الحدوث، وإن اختلفا فى عيب ينقص القيمة كسرقة أو إباق فالقول قول الشريك، لأن الأصل السلامة فبالجهة التى رجحنا قول المعتق فى نفى الصناعة يرجح قول الشريك فى نفى العيب، وإن كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا فى حدوثه فالقول قول المعتق، لأن الأصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه، ويحتمل أن يكون القول قول الشريك، لأن الأصل براءته من العيب حين الإعتاق.

فصل: والمعتبر فى اليسار فى هذا أن يكون له فضل عن قوته يومه وليلته وما يحتاج إليه من حوائجه الأصلية من الكسوة والمسكن وسائر ما لا بد له منه يدفعه إلى شريكه، ذكره أبو بكر فى التنبيه وإن وجد بعض ما يفى بالقيمة قوم عليه قدر ما يملكه منه، ذكره أحمد فى

قبوله لما فيه من الضرر، وعلى الأول يلزمه قبوله، لأنه نفع بغير ضرر إذا كان ممن لا تلزمه نفقته، وإذا قلنا: ليس له أن يقبله فقبله، احتمل أن لا يصح القبول، لأنه فعل ما لم يأذن له الشرع فيه فأشبه ما لو باع ماله بغبن، واحتمل أن يصح وتكون الغرامة عليه، لأنه ألزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حجه.

فصل: وإن باع عبداً لذى رحمه وأجنبى صفقة واحدة عتق كله إذا كان ذو رحمه موسراً وضمن لشريكه قيمة حقه منه، وقال أبو حنيفة: لا يضمن لشريكه شيئًا، لأن ملكه لم يتم إلا بقبول شريكه، فصار كأنه أذن له فى إعتاق نصيبه بملكه باختياره، فوجب أن يقوم عليه باقيه مع يساره كما لو انفرد بشرائه، ولا نسلم أنه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه.

فصل: إذا كانت مزوجة ولها ابن موسر فاشتراها هو وزوجها وهى حامل منه صفقة واحدة عتق نصيب الابن من أمه وسرى إلى نصيب الزوج، ويقوم عليه وعتق الحمل عليهما معًا، لأنه ابن الزوج وأخو الابن ولا يجب لأحدهما على الآخر منه شىء، لأنه عتق عليهما فى حال واحدة، ولو كانت المسألة بحالها فوهبت لهما أو وصى لهما بها فقبلاها فى حال واحدة فكذلك، وإن قبلها أحدهما قبل الآخر نظرنا، فإن قبل الابن أولاً عتقت الأم وحملها وعليه قيمة باقيها للزوج، وإن قبل الزوج أولاً عتق عليه الحمل كله ثم إذا قبل الابن عتقت

رواية ابن منصور، وهو قول مـالك، وقال أحمد: لا تباع فيه دار ولا ربـاع، ومقتضى هذا أن لا يباع له أصل مال، وقال مالك والشافعي يباع عليـه سوار بيته وما له بال من كسوته ويقضى عليه فى ذلك ما يقضى عليه فى سائر الدعاوى، والمعتبر فى ذلك حال تلفظه بالعتق لأنه حال الوجوب، فإن أيسر المعـسر بعد ذلك لم يسر إعتاقه، وإن أعسـر الموسر لم يسقط ما وجب عليه، لأنه وجب عليه فلم يسقط بإعساره كدين الإتلاف، نص على هذا أحمد.

فصل: إذا قال أحد الشريكين لشريكه إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر مع نصيبك، فأعتق نصيبه عتقـا معًا ولم يلزم المعتق شيء وقيل: يعتق كله على المعتق، لأن إعـتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه، فيلزم أن يكون سابقًا عليه والأول أولى، لأنه أمكن العمل بمقتضى شرطه فوجب حمله عـليه، كما لو وكله فى إعتـاق نصيبه مع نصـيبه فأعتـقهما مـعًا، وإن قال: إذا أعتقت نصيبك فنصـيبى حر، فقال أصحابنا: إذا أعتق نصيبه سـرى وعتق عليه كله وقوم عليه ولا يقع إعتاق شـريكه، لأن السراية سبقت فمنعت عـتق الشريك، ويحتمل أن يعتق عليـهما جميعًا لأن عـتق نصيبه سبب للسراية وشرط لعتق نصيب الشـريك، فلم يسبق أحدهما الآخر لوجودهما فى حال واحد، وقد يرجح وقوع عتق الشريك، لأنه تصرف منه فى ملكه والسراية تقع فى غير الملك على خلاف الأصل، فكان نفوذ عتق الشريك أولى ولأن سراية العتق على خلاف الأصل لكونها إتلافًا لملك المعصوم بغير رضاه، وإلزامًا للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير

عليه الأم كلها ويتقاصان ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه، ومن قال فى الوصية: إن الملك لا يثبت فيها بالموت فالحكم فيه كما لو قبلاها دفعة واحدة.

11- مسألة: (وإن مثل بعبده فجدع أنفه وأذنه أو نحو ذلك عتق نص عليه).

لما روى عمرو بن شـعيب عن أبيه عن جده أن زنباعًا أبا روح وجد غـلامًا له مع جاريته فقطع ذكره وجدع أنفه فأتى العبـد النبى ﷺ فذكر ذلك له، فقال النبى ﷺ: «ما حملك على ما فعلت؟» قال: فـعل كذا وكذا، قال: «اذهب فأنت حر» قـال القاضى: والقياس أن لا يعتق، لأن سـيده لم يعتقـه بلفظ صريح ولا كناية، وإذا ثبت الحـديث وجب العمل به وترك القياس.

12- مسألة: (وإذا اعتق العبد فماله لسيده).

روى هذا عن ابن مسـعود وأبى أيوب وأنس بن مـالك، وبه قال قتـادة والحكم والثورى والشافـعى وأصحاب الرأى، وروى ذلك عن حمـاد والبتى وداود بن أبى هند وحمـيد، وعنه رواية أخرى أنه للعبد، وبـه قال الحسن وعطاء والنخعى ومالك وأهل المدينة يبـيعه لما روى نافع عن ابن عمر عن النبى ﷺ أنه قال: «من أعتق عبـدًا وله مال فالمال للعبد» رواه الإمام أحمد وغيره، وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أنه كان إذا أعتق عبدًا لم يعرض لماله.

اختياره، وإنما يثبت لمصلحة تكميل العتق، فإذا حصلت هذه المصلحة بإعتاق المالك كان أولى، وإن قال: إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر قبل»(١٧) إعتاقك نصيبك وقعا معًا إذا أعتق نصيبه، وهذا مقتضى قول أبى بكر والقاضى، ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق كله على المعتق ولا يقع إعتاق شريكه، لأنه أعتق فى زمن ماضى، ومقتضى قول ابن سريج ومن وافقه ممن قال بسراية العتق أن لا يصح إعتاقه، لأنه يلزم من عتقه نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته فيمتنع إعتاق نصيب هذا ويمتنع عتق نصيب الشريك ويفضى إلى الدور فيمتنع الجميع، وقد مضى الكلام فى هذا فى مسائل الطلاق، والله تعالى أعلم.

ولنا ما روى الأثرم بإسناده عن ابن مسعود أنه قال لغلامه عمير: يا عمير إنى أريد أن أعتقك عتقا هنيئًا فأخبرنى بمالك فإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول: أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده، ولأن العبد وماله كانا للسيد فأزال ملكه عن أحدهما فبقى ملكه فى الآخر، كما لو باعه، وقد دل عليه حديث النبى ﷺ: «من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» فأما حديث ابن عمر فقال أحمد: يرويه عبد الله بن أبى جعفر من أهل مصر وهو ضعيف فى الحديث، كان صاحب فقه، فأما فى الحديث فليس هو فيه بالقوى، وقال أبو الوليد: هذا الحديث خطأ، فأما فعل ابن عمر فهو تفضل منه على معتقه، قيل لأحمد: كان هذا عندك على التفضل؟ فقال: أى لعمرى على التفضل، وقيل له فكأنه عندك للسيد؟ فقال: نعم للسيد مع البيع سواء.

فصل: قال الشيخ ؓ: **(وإذا أعتق جزءًا من عبده معينًا أو مشاعًا عتق كله).**

أما إذا أعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف، فإنه يصح عتقه بإجماع أهل العلم، فإن أعتق بعضه عتق كله فى قول جمهور العلماء، روى ذلك عن عمر وابنه ؓ، وبه قال الحسن والحكم والأوزاعى والثورى والشافعى، قال ابن عبد البر: عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا: يعتق كله إذا أعتق نصفه، وقال طاوس: يعتق فى عتقه ويرق فى رقه وقال حماد وأبو حنيفة: يعتق منه ما أعتق ويسعى فى باقيه، وخالف أبا حنيفة أصحابه فلم يروا عليه سعاية، وروى عن مالك فى رجل أعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات فقال: أرى نصفه حرًا ونصفه رقيقًا، لأنه تصرف فى بعضه فلم يسر إلى باقيه كالبيع.

ولنا: قول النبى ﷺ: «من أعتق شركا له فى عبد فكان معه ما يبلغ ثمنه قوم عليه قيمة عدل وعتق عليه جميع العبد» وإذا عتق عليه نصيب شريكه كان تنبيهًا على عتق جميعه، إذا كان كله ملكًا له وقال النبى ﷺ: «من أعتق شقصًا له من مملوك فهو حر من ماله» ولأنه إزالة ملك عن بعض مملوكه الآدمى فزال عنه جميعه كالطلاق، ويفارق البيع، فإنه لا يحتاج إلى السعاية ولا يبنى على التغليب والسراية، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يعتق جزءًا كبيرًا

---

(١٧) سقط وأثبتناه من «هـ».

١٩٤٩- **مسألة:** قال: (**وإن أعتقه الأول وهو معسر، وأعتقه الثانى وهو موسر عتق عليه نصيبه ونصيب شريكه وكان ثلث ولائه للمعتق الأول وثلثاه للمعتق الثانى**).

ظاهر المذهب أن المعسر إذا أعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق، ولم يسر إلى نصيب شريكه بل يبقى على الرق، فإذا استحق الثانى نصيبه وهو موسر عتق عليه جميع ما بقى منه نصيبه بالمياسرة ونصيب شريكه الثالث بالسراية، وصار له ثلثا ولائه وللأول ثلثه وهذا قول إسحاق وأبى عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير، وهو قول مالك والشافعى على الوجه الذى بيناه من قولهما فيما مضى، وروى عن عروة أنه اشترى عبدًا أعتق نصفه وكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر، وروى عن أحمد أن المعسر إذا أعتق نصيبه استسعى العبد فى قيمة حصة الباقين حتى يؤديها فيعتق، وهو قول ابن شبرمة وابن أبى ليلى والأوزاعى وأبى يوسف ومحمد لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعتق شقصًا له فى مملوك فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال، وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه»[(١٨)] متفق عليه ورواه أبو داود، وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة: فإذا استسعى فى نصف قيمته ثم أيسر معتقه رجع عليه بنصف

كنصفه أو ثلثه أو صغيرًا كعشره أو عشر عشره ولا نعلم فى هذا خلافًا بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعًا.

فصل: فإن أعتق جزءًا معينًا كرأسه أو يده أو أصبعه عتق كله أيضًا، وبه قال قتادة والشافعى وإسحاق، وقال أصحاب الرأى: إن أعتق رأسه أو ظهره أو بدنه أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله، لأن حياته لا تبقى بدون ذلك، وإن أعتق يده أو عضوًا تبقى حياته بدونها لم يعتق، لأنه يمكن إزالة ذلك مع بقائه، لم يعتق كإعتاقه شعره.

ولنا: أنه أعتق عضوًا من أعضائه فعتق جميعه كرأسه، فأما إذا أعتق شعره أو سنه أو ظفره لم يعتق، وقال قتادة والليث فى الرجل يعتق ظفر عبده: يعتق كله، لأنه من أجزائه أشبه أصبعه.

ولنا: أن هذه الأشياء تزول ويخرج غيرها فأشبهت الشعر والريق وسنذكر ذلك فى الطلاق، والعتق مثله.

13- **مسألة:** (**وإن أعتق شركًا له فى عبد وهو موسر بقيمة باقيه عتق كله وعليه قيمة باقيه يوم العتق لشريكه**).

وجملته أن الشريك إذا أعتق نصيبه من العبد عتق عليه، لا نعلم فيه خلافًا لما ذكرنا من الأثر، وإذا عتق نصيبه سرى العتق إلى جميعه فصار جميعه حرًا وعلى المعتق قيمة أنصباء

---

(١٨) أخرجه البخارى فى «الشركة» (٥/ ٢٤٩٢، ٢٥٠٤/ فتح) ومسلم فى «العتق» (٢/ ٣/ ١١٤٠) وأبو داود فى «العتق» (٤/ ٣٩٣٧) وابن ماجه فى «العتق» (٢/ ٢٥٢٧) وأحمد فى «مسنده» (٢/ ٢٥٥، ٤٢٦، ٤٧٢).

القيمة، لأنه هو ألجأه إلى هذا وكلفه إياه، وعن أبى يوسف ومحمد أنهما قالا: يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك فى ذمته، لأن العتق لا يتبعض فإذا وجد فى البعض سرى إلى جميعه كالطلاق، ويلزم المعتق القيمة، لأنه المتلف لنصيب صاحبه بإعتاقه فوجبت قيمته فى ذمته كما لو أتلفه بقتله، وقال أبو حنيفة: لا يسرى العتق وإنما يستحق به إعتاق النصيب الباقى فيتخير شريكه بين إعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما وبين أن يستسعى العبد فى قيمة نصيبه، فإذا أداه إليه عتق والولاء بينهما.

ولنا: حديث ابن عمرو وهو حديث صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث، ولأن الاستسعاء إعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة، ولأن فى الاستسعاء إضرار بالشريك والعبد، أما الشريك فإنا نحيله على سعاية لعله لا يحصل منها شيء أصلاً وإن حصل فربما يكون يسيراً متفرقًا ويفوت عليه ملكه، وأما العبد: فإنا نجبره على سعاية لم يردها وكسب لم يختره وهذا ضرر فى حقهما وقد قال النبى ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»(١٩) قال سليمان بن حرب: أليس إنما ألزم المعتق ثمن ما بقى من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر؟ فإذا أمره بالسعى

شركائه والولاء له، هذا قول مالك وابن أبى ليلى وابن شبرمة والثورى والشافعى وأبى يوسف ومحمد وإسحاق، وقال البتى: لا يعتق إلا حصة المعتق ونصيب الباقين باق على الرق ولا شيء على المعتق، لما روى التلب عن أبيه أن رجلاً أعتق شقصًا له فى مملوك فلم يضمنه النبى ﷺ رواه الإمام أحمد، ولأنه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذلك العتق إلا أن تكون جارية نفيسة يغالى فيها فيكون ذلك بمنزلة الجناية من المعتق للضرر الذى أدخله على شريكه، وقال أبو حنيفة: لا يعتق إلا حصة المعتق ولشريكه الخيار فى ثلاثة أشياء، إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ.

ولنا: الحديث الذى رويناه وهو صحيح متفق عليه ورواه مالك فى موطئه عن نافع عن ابن عمر، فأثبت النبى ﷺ العتق فى جميعه وأوجب قيمة نصيب المعتق عليه، ولم يجعل له خيرة ولا لغيره، وروى قتادة عن أبى المليح عن أبيه أن رجلاً من قومه أعتق شقصًا له فى مملوك فرفع ذلك إلى النبى ﷺ فجعل خلاصه عليه فى ماله، وقال: «ليس لله شريك» قال أبو عبد الله: الصحيح أنه عن أبى المليح عن النبى ﷺ مرسل، وليس فيه عن أبيه، هذا معنى كلامه، وقول البتى شاذ يخالف الأخبار كلها فلا يعول عليه، وحديث تلب يتعين حمله على المعسر جمعًا بين الأحاديث، وقياس العتق على البيع لا يصح فإن البيع لا يسرى فيما إذا كان العبد كله له والعتق يسرى، فإنه لو باع نصف عبده لم يسر ولو أعتقه كله، إذا ثبت هذا فإن ولاءه يكون له، لأنه عتق بإعتاقه من ماله ولا خلاف فى هذا عند من يرى عتقه عليه.

فصل: ولا فرق فى هذا بين أن يكون الشركاء مسلمين أو كافرين أو بعضهم مسلمًا

---

(١٩) تقدم برقم (٣/ ٥١٣).

وإعطائه كل شــهــر درهمين ولـم يقـدر على تملكه فـأى ضـرر أعظم من هذا؟ فـأما حـديث الاستسعاء فقال الأثرم ذكره سليمان بن حـرب فطعن فيه وضعفه، وقال أبو عبد الله: ليس فى الاستسعـاء ثبت عن النبى ﷺ، حديث أبى هريرة يرويه ابن أبى عروة، وأما شـعبة وهشام الدستوائى فلم يذكراه، وحدث به معمر ولم يذكـر فيه السعاية، قال أبو داود: وهمام أيضًا لا يقوله، قـال المروذى: وضعف أبو عـبد الله حديث سـعيد وقال ابـن المنذر لا يصح حديث الاستسعـاء، وذكر همام أن ذكر الاستسـعاء من فتيا قتـادة وفرق بين الكلام الذى هو من قول رسول الله ﷺ وقول قتادة، وقال بعد ذلك فكان قـتادة يقول: إن لم يكن له مال استسعى، قال ابن عبد البر: حديث أبى هريرة يدور على قتـادة، وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحـجة فى قتادة، فالـقول قولهم فيـه عند جميع أهل العلم بالحديث إذا خـالفهم غيرهم، فأمـا قول أبى حنيفة، وقول صاحبـيه الأخير فلا شىء معهم يحـتجون به من حديث قوى ولا ضعيف بل هو مجـرد رأى وتحكم يخالف الحديثين جميعًـا، قال ابن عبد البر: لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عمر ولا حديث أبى هريرة على وجهه وكل قول يخالف السنة فمردود على قائله، والله المستعان.

وبعضهم كافرًا ذكره القاضى وهو قول الشافعى وذكر أبو الخطاب فى الكافر وجهًا أنه إذا أعتق نصيبه من مسلم أنه لا يسرى إلى باقيه ولا يقوم عليه لأنه لا يصح شراء الكافر عبدًا مسلمًا.

ولنا: عموم الخبر ولأن ذلك يثبت لإزالة الضرر فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب أنَّ والغرض هـهنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التمليك بخلاف الشراء ولو قدر أنَّ ههنا تمليكًا لكان تقديرًا فى أدنى زمان حـصل ضرورة تحصيل العتق لا ضرر فـيه فإن قدر فيه ضررٌ فهو مغمور بالنسبة إلى مـا يحصل من العتق فوجوده كالعدم وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق.

14- مسألة: (فإن أعتقه الشريك بعد ذلك وقبل أخذ القيمة لم يثبت له فيه عتق).

لأنه قد صار حرًا بعتق الأول له لأن عتقه حصل باللفظ لا بدفع القيمة وصار جميعه حرًا واستقرت القيمة على المعتق الأول فلا ينعـتق بعد ذلك بعتق غيره، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى وأبو يوسف ومـحمد وإسحـاق وابن المنذر والشافعى فى قول لـه، اختاره المزنى وقـال الزهرى وعمـرو بن دينار ومالك والشـافعى فى قول: لا يعـتق إلا بدفع القيـمة ويكون قبل ذلك ملكًا لصاحبـه ينفذ عتقه فيه ولا ينفـذ تصرفه فيه بغير العتق واحـتجوا بقول النبى ﷺ: «قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم يعتق» فجعله عتيقًا بعد دفع القيمة، لأن العتق إذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقًا لم يعـتق إلا بالأداء كالمكاتب، وللشافعى قول ثالث أن العتق مراعى، فإن دفع القيمة تبينا أن العتق كان حصل من حين أعتق نصيبه، وإن لم يدفع القيمة تبينا أنه لم يكن عتق، لأن فيه احتياطًا لهما جميعًا.

فصل: إذا قلنا بالسعاية احتمل ألا يعتق كله، وتكون القيمة فى ذمة العبد دينًا يستسعى فى أدائها وتكون أحكامه أحكام الأحرار، فإن مات وفى يده مال كان لسيده بقية السعاية وباقى ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد، وهذا قول أبى يوسف ومحمد ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدى السعاية فيكون حكمه قبل أدائها حكم من بعضه رقيق إذا مات فللشريك الذى لم يعتق من ماله مثل ما يكون له على قول من لم يقل بالسعاية، لأنه إعتاق بأداء مال فلم يعتق قبل أدائه كالمكاتب وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة: يرجع العبد على المعتق إذا أيسر، لأنه كلفه السعاية بإعتاقه.

ولنا: أنه حق لزم العبد فى مقابلة حريته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ولأنه لو رجع به على السيد لكان هو الساعى فى العوض كسائر الحقوق الواجبة عليه.

١٩٥٠- **مسألة:** قال: **(ولو كان المعتق الثانى معسرًا عتق نصيبه منه وكان ثلثه رقيقًا لمن لم يعتق، فإن مات وفى يده مال كان ثلثه لمن لم يعتق وثلثاه للمعتق الأول والمعتق الثانى بالولاء إذا لم يكن له وارث أحق منهما)**.

إنما كان كذلك، لأن المعسر لا يعتق إلا نصيبه، والأول والثانى معسران فلم يعتق على كل واحد إلا نصيبه ونصيبهما الثلثان وبقى ثلثه رقيقًا للثالث، فإذا خلف العبد مالاً فثلثه للذى لم يعتق، لأنه مالك لثلثه وثلثاه ميراث، لأنه ملكهما بجزئه الحر، فإن كان له وارث نسيب يرث ماله كله أخذه، لأنه أحق من المعتق وإن لم يكن له وارث نسيب فهو للمعتقين بالولاء،

ولنا: حديث ابن عمر فإنه روى بألفاظ مختلفة تجتمع فى الدلالة على الحرية باللفظ فروى أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «من أعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق» رواه أبو داود والنسائى وفى لفظ رواه ابن أبى مليكة عن نافع عن ابن عمر: «فكان له مال فقد عتق كله» وفى رواية ابن أبى ذئب عن نافع عن ابن عمر «وكان للذى يعتق ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل يعتق كله» وروى أبو داود بإسناده عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعتق شقصًا فى مملوك فهو حر من ماله» وهذه نصوص فى محل النزاع، فإنه جعله حرًا وعتيقًا بإعتاقه مشروطًا بكونه موسرًا، لأنه عتيق بالسراية فكانت حاصلة من لفظه عقيبه، كما لو أعتق جزءًا من عبده، ولأن القيمة معتبرة وقت الإعتاق ولا ينفد تصرف الشريك فيه بغير الإعتاق، وعند الشافعى لا ينفذ بالإعتاق أيضًا فدل على أن العتق حصل فيه بالإعتاق الأول، فأما حديثهم فلا حجة لهم فيه، فإن الواو لا تقتضى ترتيبًا وأما العطف بثم فى اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب، فإنها قد ترد لغير الترتيب كقوله سبحانه: ﴿ثُمَّ اللَّهُ شَهِيدٌ عَلَىٰ مَا يَفْعَلُونَ﴾ (يونس: ٤٦) فأما العوض فإنما وجب عن المتلف بالإعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الإعتاق وعدم اعتبار التراضى فيه ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة.

وإن كان له ذو فرض يرث البعض أخذ فرضه منه وباقيه لـلمعتقين وهذا القول فيما إذا لم يكن مالك ثلثه قاسم العبد فى حياته كسبه ولم يهايئه فأما إن قاسمه أو هايأه فلا حق له فى تركته، لأنها حصلت بالجزء الحر فتكون جميعـها ميراثًا لورثته دون مالك ثلثه إذ لا حق له فى الجزء الحر فلا يكون له حق فيما كسبه به ولا فيما ملكه.

فـصل: ومن قال بالسعاية فإنه يستسعى حين أعتقه الأول، فإذا أعتق الثانى نصيبه انبنى ذلك على القول فى حريتـه هل حصلت بإعتاق الأول أو لا؟ فمن جعله حـرًا لم يصحح عتق الثانى، لأنه عتق بإعتاق الأول ومن لم يجعله حرًا صحح عتق الثانى، لأنه أعتق جزءًا مملوكًا له من عبد، وإذا مات قبل أداء سعايته فقد مات وثلثه رقيق فيكون حكمه فى الميراث حكم ما ذكرنا فى القول الآخر.

فـصل: وإذا حكمنا بعتق بعضه ورق باقيه، فإن نفـقته فى حياته وفطرته وأكسابه بينه وبين سيـده على قدر مـا فيه من الـحرية والرق، وإن تراضيا على المـهايأة بينهما كانت نفقـة العبد وكسبه فى أيامه له وعليه وفى أيام سيده يكون كسبـه لسيده ونفقته عليه، فأما الأكساب النادرة كاللقطة والهـبة والوصية فـذكر القاضى أنهـا تدخل فى المهايأة، لأنهـا من أكسابه فأشـبهت المعتادة وذكر غـيره من أصحابنا وجهًا آخر أنها لا تدخل فى المـهايأة وتكون بينهما على كل حال، لأن المهايأة معاوضة فكأنه تعاوض عن نصيـبه من كسبه فى يوم سيده بنصيب سيده فى يومه فلا تتناول المعاوضة المجهول وما لا يغلب على الظن وجوده فأما الميراث فلا يدخل فى

إذا ثبت هذا، فإن الشريك إذا أعتقه بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة لم يثبت له فيه عتق ولا له عليه ولاء وولاؤه كله للمـعتق الأول وعليه القـيمة، لأنه قـد صار حرًا بإعتـاقه، وعند مالك يكون ولاؤه بينهما على قدر ملكهما فيه ولا شىء على المعتق الأول من القيمة، ولو أن المعـتق الأول لم يؤد القيمة حـتى أفلس عتق العبـد وكانت فى ذمته دينًا يزاحم بهـا الشريك عندنا، وعند مالك لا يعتق منه إلا ما عتق، ولو كان المعتق جارية حاملاً فلم يؤد القيمة حتى وضعت حملها ليس على المعتق إلا قيمتها حين أعتقها، لأنه حينئذ حررها، وعند مالك يقوم ولدها أيضًا ولو أتلف العبـد قبل أداء القيمة تلف حـرًا والقيمة على المعـتق، لأنه فوت رقه، وعند مالك لا شىء على المعتق وما لم يقوم ويحكم بقيمته فهو فى جميع أحكامه عبد.

فـصل: والقيمة معـتبرة حين اللفظ بالعتق، لأنه حين الإتلاف، وهو قول الشافعى على أقواله كلها، فإن اختلفا فى قدره رجع إلى قول المقـومين، فإن كان العبد قد مات أو غاب أو تأخر تقـويمه زمنًا تخـتلف فيـه القيم ولم تكن بينـة فالقول قـول المعـتق، لأنه منكر للزيادة والأصل براءة ذمته منها وهذا أحد قولى الشافعى، فإن اختلفا فى صناعة فى العبد توجب زيادة فى القيمة فـالقول قول المعتق كذلك إلا أن يكون العبد يـحسن الصناعة فى الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمـها فـيه فـيكون القول قـول الشريك لعلمنا بصـدقه، وإن مـضى زمن يمكن

المهايأة ولا يستحق سيده منه شيئًا، لأنه إنما يرث بجزئه الحر ويملك هذا العبد بجزئه الحر جميع أنواع الملك ويرث ويورث بقدر ما فيه من الحرية، وقد مضى ذكر ذلك.

فصل: ومن أعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف صح عتقه بإجماع أهل العلم، وإن أعتق بعضه عتق كله فى قول جمهور العلماء وروى ذلك عن عمر وابنه رضي الله عنهما(٢٠)، وبه قال الحسن والحكم والأوزاعى والثورى والشافعى، قال ابن عبد البر عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا: يعتق كله إذا أعتق نصفه، وقال طاوس: يعتق فى عتقه ويرق فى رقه، وقال حماد وأبو حنيفة: يعتق منه ما أعتق ويسعى فى باقيه، وخالف أبا حنيفة أصحابه فلم يروا عليه سعاية، وروى عن مالك فى رجل أعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات، فقال: أرى نصفه حرًا ونصفه رقيقًا لأنه تصرف فى بعضه فلم يسر إلى باقيه كالبيع.

ولنا: قول النبى ﷺ: «من أعتق شركًا له فى عبد فكان معه ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وعتق عليه جميع العبد»(٢١) وإذا أعتق عليه نصيب شريكه كان بينهما على عتق جميعه إذا كان كله ملكًا له، وقال النبى ﷺ: «من أعتق شقصًا له فى مملوك فهو حر من ماله»(٢٢) ولأنه إزالة ملك لبعض مملوكه الآدمى فزال عن جميعه كالطلاق، ويفارق البيع، فإنه لا يحتاج إلى السعاية ولا ينبنى على التغليب والسراية.

إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يعتق جزءًا كبيرًا كنصفه وثلثه أو صغيرًا كعشره وعشر عشره، ولا نعلم فى هذا خلافًا بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعًا، وإن أعتق جزءًا معينًا كرأسه

حدوثها فيه ففيه وجهان: **أحدهما:** القول قول المعتق، لأن الأصل براءة ذمته، **والثانى:** القول قول الشريك، لأن الأصل بقاء ما كان وعدم الحدوث وإن اختلفا فى عيب ينقص قيمته كسرقة أو إباق فالقول قول الشريك، لأن الأصل السلامة فبالجهة التى رجحنا قول المعتق فى نفى الصناعة يرجح قول الشريك فى نفى العيب، وإن كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا فى حدوثه فالقول قول المعتق، لأن الأصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه ويحتمل أن يكون القول قول الشريك، لأن الأصل براءته من العيب حين الإعتاق.

فصل: والمعتبر فى اليسار فى هذا أن يكون له فضل عن قوت يومه وليلته وما يحتاج إليه من حوائجه الأصلية من الكسوة وسائر ما لا بد منه ما يدفعه إلى شريكه، ذكره أبو بكر فى التنبيه، وإن وجد بعض ما يفى بالقيمة قوم عليه قدر ما يمكنه منه، ذكره أحمد فى رواية ابن منصور وهو قول مالك، وقال أحمد: لا يباع فيه دار ولا رباع، ومقتضى هذا أن لا يباع له أصل مال، وقال مالك والشافعى: يباع عليه سوار بيته وما له بال من كسوته ويقضى عليه فى

---

(٢٠) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٥/ ٢٧٤) عن عمر رضي الله عنه وعبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ١٤٩) عن ابن عمر به.

(٢١) تقدم فى (ح٧/ ٣٤).

(٢٢) تقدم برقم (١٦ مسألة رقم/ ١٩٤٨).

أو يده أو إصبعه عتق كله أيضًا، وبهذا قال قتادة والشافعى وإسحاق، وقال أصحاب الرأى: إن أعتق رأسه أو ظهـره أو بطنه أو جسده أو نفســه أو فرجه عتق كله، لأن حيـاته لا تبقى بدون ذلك، وإن أعتق يده أو عضواً تبقى حـياته بدونه لم يعتق، لأنه يمكن إزالة ذلك مع بقائه فلم يعتق بإعتاقه كشعره أو سنه.

ولنا: أنه أعتق عضــوًا من أعضائه فيعتق جمـيعه كرأسه، فأمـا إذا أعتق شعره أو سنه أو ظفره لم يعتق، وقال قتادة والليث فى الرجل يعتق ظفر عبده: يعتق كله، لأنه جزء من أجزائه أشبه إصبعه.

ولنا: أن هذه الأشيـاء تزول ويخرج غيـرها فأشبـهت الشعر والريق، وقـد ذكر ذلك فى الطلاق وما ذكر فى الطلاق فالعتاق مثله، والله أعلم.

١٩٥١- مـسألة: قال: **(وإذا كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه فإن كانا معسرين لم يقبل قـول كل واحد منهما على شريكه فإن كانا عدلين كان للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حرّا أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حرّا)** .

أما إذا كان الشريكان معسرين فليس فى دعوى أحدهما على صـاحبه إعتاق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ولا ادعاء لاسـتحقاق قيمته على المعتق لكون عتق المـعسر يقف على نصيبه ولا يسرى إلى غيـره، فلم يكن فى دعواه أكثر من أنه شاهد على صـاحبه بإعتاق نصيـبه، فإن لم يكونا عدلين فلا أثر لكلامهـما فى الحال ولا عبرة بقولهما، لأن غيـر العدل لا تقبل شهادته،

ذلك كمـا يقضى عليـه فى سائر الدعـاوى والمعـتبر فى ذلك حـال تلفظه بالعـتق، لأنه حال الوجوب، فإن أيسر المعـسر بعد ذلك لم يسر إعتاقه، وإن أعسـر الموسر لم يسقط ما وجب عليه، لأنه وجب عليه فلم يسقط بإعساره كدين الإتلاف، نص عليه أحمد.

15- مـسألة: (وإن كان معسرًا لم يعتق إلا نصيـبه ويبقى حق شريكه فيه، وعنه يعتق كله ويستسعى العبد فى قيمة باقيه غير مشقوق عليه) .

ظاهر المذهب أن المعسر إذا أعـتق نصيبه من العبد استقر فـيه العتق ولم يسر إلى نصيب شريكه بل يبقى على الرق، فإذا أعـتق شريكه عتق عليه نصيبه، وهذا قول إسـحاق وأبى عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير وهو قول مالك والشافـعى، على ما بيناه فيما مضى، وروى عن عروة أنه اشترى عبدًا أعتق نصفه فكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر، وروى عن أحمد أن المعتق إذا أعتق نصيـبه استسعى العبد فى قيـمة باقيه حتى يؤديها فيعـتق وهو قول ابن شبرمة وابن أبى ليلى والأوزاعى وأبـى يوسف ومحـمـد لمـا روى أبو هريرة قـال: قال رسـول الله ﷺ: «من أعتق شقصًا له فى مملوك فعليه أن يعتـقه كله إن كان له مال وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه» متفق عليه، ورواه أبو داود قال ابن أبى ليلى وابن شبرمة: فإذا استسعى فى نصف قيمته ثم أيسر معتقه رجع عليه بنصف القيمة، لأنه هو الجأه إلى هذا وكلفه إياه، وعن

وإن كانا عدلين فشهادتهما مقبولة، لأن كل واحد منهما لا يجر إلى نفسه بشهادته نفعًا ولا يدفع بها ضررًا وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل، فإن حلف معهما عتق كله، وإن حلف مع أحدهما صار نصفه حرًّا على الرواية التى تقول إن العتق يحصل بشاهد ويمين، وإن لم يحلف مع واحد منهما لم يعتق منه شيء لأن العتق لا يحصل بشاهد من غير يمين بلا خلاف نعلمه، وإن كان أحدهما عدلاً دون الآخر، فله أن يحلف مع شهادة العدل ويصير نصفه حرا ويبقى نصفه الآخر رقيقًا.

فصل: ومن قال بالاستسعاء فقد اعترف بأن نصيبه قد خرج عن يده فيخرج العبد كله ويستسعى فى قيمته لاعتراف كل واحد منهما بذلك فى نصيبه.

فصل: وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر إلى النصف الذى كان له، لأن عتقه حصل باعترافه بحريته بإعتاق شريكه ولا يثبت له عليه ولاء، لأنه لا يدعى إعتاقه بل يعترف بأن المعتق غيره وإنما هو مخلص له ممن يسترقه ظلمًا فهو كمخلص الأسير من أيدى الكفار.

وقال أبو الخطاب: يسرى، لأنه شراء حصل به الإعتاق فأشبه شراء بعض ولده، إن أكذب نفسه فى شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه لم يقبل منه، لأنه رجوع عن الإقرار بالحرية فلم يقبل كما لو أقر بحرية عبده ثم أكذب نفسه وهل يثبت له الولاء عليه إن أعتقه؟ يحتمل أن لا يثبت لما ذكرنا ويحتمل أن يثبت لأننا نعلم أن على العبد ولاء ولا يدّعيه أحد

أبى يوسف ومحمد أنهما قالا: يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك فى ذمته، لأن العتق لا يتبعض فإذا وجد فى البعض سرى إلى جميعه كالطلاق وتلزم للمعتق القيمة، لأنه المتلف لنصيب صاحبه بإعتاقه فوجبت قيمته فى ذمته كما لو أتلفه وقال أبو حنيفة: لا يسرى فيه العتق، وإنما يستحق به إعتاق النصيب الباقى فيخير شريكه بين إعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما وبين أن يستسعى العبد فى قيمة نصيبه، فإذا أداه إليه عتق والولاء بينهما.

ولنا: حديث ابن عمر وهو صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث، ولأن الاستسعاء إعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة، ولأن فى الاستسعاء إضرارًا بالشريك والعبد أما الشريك فإنا نحيله على سعاية قد لا يحصل منها شيء أصلاً وإن حصل فالظاهر أنه يكون متفرقًا ملكه، وأما العبد فإنه يجبره على سعاية لم يردها وكسب لم يختره وهذا ضرر فى حقهما، وقد قال النبى ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وقال سليمان بن حرب: أليس ألزم المعتق ثمن ما بقى من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر، فإذا أمروه بالسعى وإعطاء كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأى ضرر أعظم من ذلك؟ فأما حديث الاستسعاء فقال الأثرم: ذكره سليمان بن حرب فطعن فيه وضعفه، وقال أبو عبد الله: ليس فى الاستسعاء ثبت عن النبى ﷺ، حديث أبى هريرة يرويه ابن أبى عروبة وأما شعبة وهشام الدستوائى فلم يذكره وحدث به معمر

سواه ولا ينازعه فيه فوجب أن يقبل قوله فيه، وإن اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حرًا لا ولاء عليه لواحد منهما، فإن أعـتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه فى شهادته فـهل يثبت له الولاء على من أعتقـه؟ على وجهين، وإن أقر كل واحـد منهما بأنه كان أعتق نصـيبه وصدق الآخر فى شهـادته بطل البيعان ويثبت لك لواحـد منهما الولاء على نصفه، لأن أحدًا لا ينازعه فيه وكل واحد منهما يصدق الآخر فى استحقاق الولاء ويحتمل أن يثبت الولاء لهما، وإن لم يكذب واحد منهمـا نفسه، لأننا نعلم أن الولاء عليه ثابت لهما ولا يخرج عنهما وأنه بينهمـا إما بالعتق الأول وإما بالثانى، لأنهما إن كانا صادقـين فى شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذى أعتقه أولاً، وإن كانا كاذبين فقد أعتق كل واحد منهمـا نصفه بعد أن اشـتراه، وإن كان أحدهمـا صادقًا والآخر كاذبًـا فلا ولاء للصادق منهمـا لأنه لم يعتق النصف الذى كان له أولاً ولا صح عتـقه فى الذى اشتراه، لأنـه كان حرًا قـبل شرائه والولاء كلـه للكاذب، لأنه أعتق الـنصف الذى كان له ثم اشـتـرى النصف الذى لشريكه فأعتقه وكل واحد منهما يساوى صاحبه فى الاحتمال فيقسم بينهما.

فصل: وكل من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه، وإن شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشترياه أو أحدهما عتق، وبهذا قال الأوزاعى ومالك والشافعى وابن المنذر وهو قيـاس قول أبى حنيفـة، ولا يثبت للمشتـرى ولاء على العبد، لأنه لا يدّعـيه ولا للبائع لأنه ينكر عتقه، ولو كان العبد بين شريكين فادّعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه

ولم يذكر فيه السعاية، قال أبو داود: وهمام، أيـضًا لا يقوله، فال المروذى: وضعف أبو عبد الله حديث سعيد، وقال ابن المنذر: لا يصح الاستسعاء وذكر همام أن ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة، وفرق بين الكلام الذى هو من قول رسول الله ﷺ وقول قتادة، قال بعد ذلك: فكان قتـادة يقول: إن لم يكن له مـال استسـعى، قال ابن عـبد البر: حـديث أبى هريرة يدور على قتادة، وقد اتفق شعـبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحجة فى قتـادة والقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم إذا خالفهم غـيرهم فأما قول أبى حنيفة وقول صاحبـيه الأخير فلا شيء معهم يحـتجون به من حديث قوى ولا ضـعيف بل هو مجرد رأى وتحكم يخـالف الحديثين جميـعًا، قال ابن عبد البر: لم يـقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عـمر ولا بحديث أبى هريرة على وجهه وكل قول خالف السنة فمردود على قائله، والله المستعان.

فـصل: وإذا قلنا بالسعاية احتمل أن يعتق كله وتكون القيمة فى ذمة العبد دينًا يسعى فى أدائها وتكون أحكامـه أحكام الأحرار، فإن مات وفى يده مال كـان لسيده بقيـة السعاية وباقى ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد، وهذا قول أبـى يوسف ومحمد، ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدى السعاية فـيكون حكمه قبل أدائها حكم من بعضه رقـيق إن مات فللشريك الذى لم يعتق من ماله مـثل ما يكون له على قول من لم يقل بالسعاية، لأنه إعتـاق بأداء مال فلم يعتق

منه وكانا موسرين فعتق عليهما أو كانا معسرين عدلين فحلف العبد مع كل واحد وعتق، أو شهد مع كل واحد منهما عدل آخر وعتق العبد أو ادّعى عبد أن سيده أعتقه فأنكر وقامت البينة بعتقه عتق ولا ولاء على العبد فى هذه المواضع كلها، لأن أحدًا لا يدّعيه ولا يثبت لأحد حق ينكره، فإن عاد من ثبت إعتاقه فاعترف به ثبت له الولاء، لأنه لا مستحق له سواه، وإنما لم يثبت له لإنكاره له فإذا اعترف زال الإنكار وثبت له، وأما الموسران إذا أعتق عليهما، فإن صدق أحدهما صاحبه فى أنه أعتق نصيبه وحده أو أنه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر، فإن اتفقا على أن كل واحد منهما أعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما، وإن ادّعى كل واحد منهما أنه المعتق وحده أو أنه السابق بالعتق تحالفا وكان الولاء بينهما نصفين.

١٩٥٢- **مسألة:** قال: **(وإن كان الشريكان موسرين فقد صار العبد حرًا باعتراف كل واحد منهما بحريته وصار مدعيًا على شريكه نصف قيمته فإن لم تكن بينة فيمين كل واحد منهما لشريكه).**

وجملة ذلك أن الشريكين الموسرين إذا ادّعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق نصيبه فكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر، لأنه يقول لشريكه: أعتقت نصيبك فسرى العتق إلى نصيبى فعتق كله عليك ولزمك لى قيمة نصيبى فصار العبد حرًا لاعترافهما بحريته وبقى كل واحد منهما يدّعى قيمة حصته على شريكه، فإن كان لأحدهما بينة حكم له بها، وإن لم تكن بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئا، فإن نكل

قبل أدائه كالمكاتب، وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة: يرجع العبد على المعتق إذا أيسر، لأنه كلفه السعاية بإعتاقه.

ولنا: أنه حق لزم العبد فى مقابلة حريته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ولأنه لو رجع به على السيد لكان هو الساعى فى العوض كسائر الحقوق الواجبة عليه.

16- **مسألة: (وإذا كان العبد لثلاثة لأحدهم نصفه ولآخر ثلثه ولثالث سدسه فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معًا وهما موسران عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين وصار ولاؤه بينهما أثلاثًا ويحتمل أن يضمناه على قدر ملكهما فيه).**

إذا كان العبد مشتركًا بين جماعة فأعتق اثنان منهم وهم موسرون معًا سرى عتقهم إلى باقى العبد ويكون الضمان بينهم على عدد رءوسهم يتساوون فى ضمانه وولائه، وبهذا قال الشافعى: ويحتمل أن يقسم بنيهم على قدر أملاكهم وهو قول مالك فى إحدى الروايتين عنه، لأن السراية جعلت بإعتاق ملكهما وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنفقة واستحقاق الشفعة.

ولنا: أن عتق النصيب إتلاف الرق الباقى وقد اشتركا فيه فيتساويان فى الضمان كما لو جرح أحدهما جرحًا والآخر جرحين فمات بهما أو ألقى أحدهما جزءًا من النجاسة فى مائع

أحدهما قـضى عليه وإن نكلا جميـعًا تساقط حقاهمـا لتماثلهما ولا فـرق فى هذه الحال بين العدلين والفاسـقين، والمسلمين والكافـرين، لتساوى العدل والفاسق، والـمسلم والكافر فى الاعتراف والدعوى بخلاف التى قبلها.

فـصل: وإن كان أحد الشريكين موسرًا والآخر معسرًا عتق نصيب المعسر وحده لاعترافه بأن نصيبه قد صار حرًا بإعتاق شريكه الموسر الذى يسرى عتقه ولم يعتق نصيب الموسر، لأنه يدّعى أن المعسر الذى لا يسرى عتقه أعتق نصيبـه خاصة فعتق وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه، لأنه يجر بشهادته إلى نفسه نفعًا لكونـه يوجب عليه بشهادته نصف قيمته، فعلى هذا إن لم تكن للعبد بينة سواه حلف المـوسر وبرئ من القيمة والعتق جميـعًا، ولا ولاء للمعسر فى نصيبه، لأنه لا يدّعيـه ولا للموسر لذلك أيضًا، وإن عاد المعسر فـأعتقه وادعاه ثبت له، وإن أقر الموسر بإعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضًا وعليه غرامة نصيب المعسر وثبت له الولاء، وإن كان للعـبد بينة أجنبية تشـهد بإعتاق المـوسر وكانت عدلين ثبت العـتق ووجبت القيمة للمعسر عليه، وإن كانت رجلاً واحدًا حلف العبد معه ويثبت العتق فى إحدى الروايتين والأخرى لا يثبت العتق وللمعسر أن يحلف معه ويستـحق قيمة نصيبه سواء حلف العبد أو لم يحلف، لأن الذى يدّعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين.

فـصل: وإن ادّعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وأنكر الآخر وكان المدعى عليه موسـرًا عتق نصيب المدعى وحـده لاعترافه بحـريته بسراية عـتق شريكه وصار مدّعـيًا نصف القيـمة على شريكه ولا يسـرى لأنه لا يعترف أنه المـعتق له، وإنما عتـق باعترافه بحـريته لا

وألقى الآخر جزأين ويفارق الشفعة، فإنها ثبتت لإزالة الضرر عن نصيب الشريك الذى لم يبع فكان استحـقاقه على قدر نصـيبه، ولأن الضمان هـهـنا لدفع الضرر منهما وفى الشـفعة لدفع الضرر عنهـما والضـرر منهما يستويان فى إدخـاله على الشريك وفى الشـفعة ضـرر صاحب النصف أعظم من ضرر صاحب الـسدس فاختلفا، إذا ثبت هذا كـان ولاؤه بينهما أثلاثًا، لأننا إذا حكمنا بأن الثلث معتق عليهما نصفين فنصفه سدس إذا ضممناه إلى النصف الذى لأحدهما صار ثلثين وإذا ضممنا السدس الآخر إلى سدس المـعتق صار ثلثًا، وعلى الوجه الآخر يصير الولاء بينهمـا أرباعًا لصاحب السدس ربعـه ولصاحب النصف ثلاثة أرباعه والضـمان كذلك، ويشترط عتقهما معًا بأن يوكلا من يعتـقه عنهما أو يوكل أحدهما الآخر فى عتق نصيبه ويتلفظا به معًا، لأنه لو سـبق أحدهما صاحبـه عتق عليه جميعـه على ما ذكرنا ويشترط اليـسار أيضًا فيهمـا، فإن كان أحدهما موسـرًا وحده قوم عليه نصيب من لم يعتق، لأن المـعسر لا يسرى عتقه فيكون الضمان على المعسر خاصة، فـإن كان أحدهما موسرًا ببعض ما يخصه قوم عليه ذلك القدر وباقيه على الآخـر مثل أن يجد صاحب السدس قيمة نصف الـسـدس فيقوم عليه، ويقوم الربـع على صاحب النصف ويصـير ولاؤه بينهم أرباعًـا لصاحب الـسـدس ربعه وباقـيه

بإعتاقه له، ولا ولاء له عليه لإنكاره له، قال القاضى: وولاؤه موقوف وإن كان المدعى عدلاً لم تقبل شهادته لأنـه يدّعى نصف قيمته على شريكه فيـجر بشهادته نفعًا، ومن شـهد بشهادة يجر إليه بها نفعًا بطلت شهادته كلها، وأما إن كـان المدّعى عليه معسرًا فالقول قوله مع يمينه ولا يعتق منه شىء، وإن كان المـدّعى عدلاً حلف العبد مع شهادته وصار نصـفه حرّا، وقال حماد: إن كان المشهـود عليه موسرًا سعى له، وإن كان معسرًا سعى لهـما، وقال أبو حنيفة: إن كان معسرًا سعى العبد وولاؤه بينهما، وإن كـان موسرًا فولاء نصفه موقوف فإن اعترف أنه أعتق استحق الولاء وإلا كان الولاء لبيت المال.

فصل: إذا قال أحد الشريكين: إن كان هذا الطائر غرابًا فنصيبى حر، وقال الآخر: إن لم يكن غرابًا فنصـيبى حر، وطار ولم يعلمـا حاله فإن كانا مـوسرين عتق العبـد كله، وإن كان أحدهما موسرًا والآخر معسرًا عتق نصيب المعسر وحده لما ذكرنا، وإن كانا معسرين لم يعتق نصيب واحد منهما، لأنه لم يتـعين الحنث فيه فإن اشترى أحدهما نصـيب الآخر عتق نصفه، لأننا علمنا حرية نصفه ولم يسر إلى النصف الآخر، وإن اشـترى العبد أجنبى عتق نصفه، لأن نصفه حر يقينًا فلم يملك جميعه.

١٩٥٣ - **مـسـألة:** قال: وإذا مات رجل وخلف ابنين وعبديـن، لا يملك غيرهما وهما متساويان فى القيمة فقـال أحد الابنين أبى أعتق هذا، وقال الآخر: أبى أعتق أحدهما لا أدرى من منهما، أقرع بينهما، فإن وقعت القرعة على الذى اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه إن لم يجز

لمعتق النصف، لأنه لو كـان أحدهما معسرًا قـوم الجميع على الآخر، إذا كان موسـرًا ببعضه قوم الباقى على صاحب النصف، لأنه موسر، وفيه اختلاف ذكرناه من قبل.

17- مـســألة: (وإذا أعتق الكافـر نصيبه من مسـلم وهو موسر سرى إلى باقـيه فى أحد الوجهين).

ذكره القاضى وهو قـول الشافعى، لأنه تقويم متلف اسـتوى فيه المسلم والكافر كـتقويم المتلفات والوجه الثانى لا يسرى، ذكـره أبو الخطاب، لأن فيه تقدير الملك والكافر لا يجوز أن يتملك المسلم، والأول أصح إن شاء الله تعالى.

18- مـسـألة: (وإن ادعى كل واحد من الشريكين أن شـريكه أعتق نصيبه وهمـا موسران فقد صار العبد حرّا باعتراف كل واحد منهمـا وصار مدعيًا على شريكه قيمة حقه منه ولا ولاء عليه لواحد منهما).

وجـــملة ذلك أن الشريكين الموسرين إذا ادعى كل واحد منهـا أن شريكه أعتق نصيبه، فكل واحد منهـما معتـرف بحرية نصيـبه شاهد على شريـكه بحرية نصفه الآخـر، لأنه يقول لشريكه: أعتـقت نصيبك فسـرى العتق إلى نصيبى فـعتق كله عليك ولزمك لى قيمـة نصيبى فصار العبد حرّا لاعترافهما بحريتـه وبقى كل واحد منهما يدعى قيمة حصته على شريكه، فإن

الابنان عتقه كامـلاً وكان الآخر عبدًا، وإن وقعت القرعة على الآخـر عتق منه ثلثه وكان لمن قرعنا بقوله فـيه سدسه ونصف العبد الآخـر ولأخيه نصفه وسدس العبـد الذى اعترف أن أباه أعتقه فصار ثلث كل واحد من العبدين حرا.

هذه المسألة محمولة على أن العتق كـان فى مرض الموت أو بالوصية، لأنه لو أعتقه فى صحته لعتق كلـه ولم يقف على إجازة الورثة، فأما إذا اعترفا أنه أعتق أحـدهما فى مرضه فلا يخلو من أربعة أحوال: **إما أن يعينا العـتق فى أحدهما** فيعتق منه ثلثاه، لأن ذلك ثلث جميع ماله إلا أن يجيزا عتق جمـيعه فيعتق، **الثانى**: أن يعين كل واحد منهمـا العتق فى واحد غير الذى عينه أخـوه فيعتق من كل واحد مـنهما ثلثه لأن، كل واحـد منهما حقه نصـف العبدين فيـقبل قوله فى عتق حـقه من الذى عينه، وهو ثلثـا النصف الذى له وذلك هو الثلث، ولأنه يعترف بحرية ثلثيـه فيقبل قوله فى حقه منهما وهو الثلث ويبـقى الرق فى ثلثه فله نصفه وهو السدس ونصف العبد الـذى ينكر عتقه، **والحال الـثالث**: أن يقول أحدهمـا: أبى أعتق هذا، ويقول الآخر: أبى أعتق أحدهما لا أدرى من منهما ـ وهى مسـألة الكتاب ـ فتقوم القرعة مقام تعيين الذى لم يعـين، فإن وقعت على الذى عينه أخوه عـتق منه ثلثاه كما لو عيناه بقـولهما، وإن وقعت على الآخر كان كـما لو عين كل واحد منهما عبدًا يكون لكل واحـد منهما سدس العبد الذى عينه ونصف العبد الذى ينكر عتقه فيصير ثلث كل واحد من العبدين حرّا، **الحـال الرابـع**: أن يقولا أعتق أحدهما ولا ندرى من منهما، فـإنه يقرع بين العبدين فمن وقعت عليه القرعة عتق منه ثلثاه إن لم يجيزا عتق جميعه وكان الآخر رقيقًا.

كانت لأحدهما بيـنة حكم له بها، وإن لم تكن بينة حلف كل واحد منهما لصـاحبه وبرئا فإن نكل أحدهمـا قضى عليه وإن نكلا جـميعًـا تساقط حقـاهما لتمـاثلهما ولا ولاء عليـه لواحد منهما، لأنه لا يدعيـه ولا فرق فى هذه الحال بين العدلين والفاسقيـن، والمسلمين والكافرين لتساوى العدل والفاسق، والمسلم والكافر فى الاعتـراف والدعوى فإن اعتراف أحدهما به بعد ذلك ثبت له، لأنه لا مستحق له سواه، وإنما لم يثبت له لإنكاره له فإذا اعترف به زال الإنكار فثبت له ولزمته قيمة نصيب شريكه لاعترافه بها.

19- مسألة: (وإن كانا معسرين لم يعتق على واحد منهما) .

لأنه ليس فى دعوى أحدهما على صاحبه أنه أعتق نصيـبه اعتراف بحرية نصيبه ولا ادعاء استحقاق قيمتها على المعتـق لكن عتق المعسر لا يسرى إلى غيره فلم يكن فى دعواه أكثر من أنه شاهد على صاحبـه بإعتاق نصيبه، فإن كـانا فاسقين فلا أثر لكلامهمـا فى الحال ولا عبرة بقولهما، لأن غير العـدل لا تقبل شهادته، وإن كانا عدلين فشهادتهـما مقبولة، لأن كل واحد منهما لا يـجر إلى نفسه بشهـادته نفعًا، ولا يدفع عنهـا ضررًا، وقد حصل للعبـد بحرية كل نصف منه شاهد عـدل فإن حلف معـهما عتق كله، وإن حلف مـع أحدهما عتق نصـفه على

فصل: فإن رجع الابن الذى جهل عين المعتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل، وإن كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم، وإن خالفها عتق من الذى عينه ثلثه بتعيينه، فإن عين الذى عينه أخوه عتق ثلثاه، وإن عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يبطل العتق فى الذى عتق بالقرعة؟ على وجهين.

١٩٥٤- **مسألة:** قال: **(وإذا كان لرجل نصف عبد ولآخر ثلثه ولآخر سدسه فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معًا وهما موسران عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين وكان ولاؤه بينهما أثلاثًا لصاحب النصف ثلثاه ولصاحب السدس ثلثه).**

وجملته: أن العبد إذا كان مشتركًا بين جماعة فأعتق اثنان منهم أو أكثر وهم موسرون سرى عتقهم إلى باقى العبد ويكون الضمان بينهم على عدد رءوسهم يتساوون فى ضمانه وولائه، وبهذا قال الشافعى، ويحتمل أن يقسم بينهم على قدر أملاكهم وهو قول مالك فى إحدى الروايتين عنه، لأن السراية حصلت بإعتاق ملكيهما، وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنفقة واستحقاق الشفعة.

ولنا: أن عتق النصيب إتلاف لرق الباقى وقد اشتركا فيه فيتساويان فى الضمان كما لو جرح أحدهما جرحًا والآخر جرحين فمات منهما أو ألقى أحدهما جزءًا من النجاسة فى مائع وألقى الآخر جزأين، ويفارق الشفعة فإنها تثبت لإزالة الضرر عن نصيب الذى لم يبع فكان استحقاقه على قدر نصيبه، ولأن الضمان ههنا لدفع الضرر منهما وفى الشفعة لدفع الضرر

الرواية التى تقول إن العتق يثبت بشاهد ويمين، وإن لم يحلف لم يعتق منه شيء، لأن العتق لا يحصل بشاهد من غير يمين، وإن كان أحدهما عدلاً دون الآخر فله أن يحلف مع شهادة العدل ويصير نصفه حرًا والآخر رقيقًا.

فصل: ومن قال بالاستسعاء فقد اعترف بأن نصيبه خرج عن يده فيخرج العبد كله ويستسعى فى قيمته لاعتراف كل واحد منهما بذلك فى نصيبه.

20- **مسألة:** **(وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر إلى النصف الذى كان له).**

لأن عتقه حصل باعترافه بحريته باعتاق شريكه ولا يثبت له عليه ولاء، لأنه لا يدعى إعتاقه بل يعترف أن المعتق غيره وإنما هو مخلص له ممن يسترقه ظلمًا فهو كمخلص الأسير من أيدى الكفار، وقال أبو الخطاب: يسرى، لأنه شراء حصل به الإعتاق فأشبه شراء بعض ولده، فإن أكذب نفسه فى شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه منه لم يقبل، لأنه رجوع عن الإقرار بالحرية فلم يقبل كما لو أقر بحرية عبده ثم أكذب نفسه، وهل يثبت له الولاء عليه إن أعتقه؟ فيه احتمالان: **أحدهما:** لا يثبت لما ذكرناه، **والثانى:** يثبت، لأنا نعلم أن على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواه، ولا ينازعه فيه فوجب أن يقبل قوله فيه، وإن اشترى كل واحد

عنهما والضـرر منهما يستويان فى إدخـاله على الشريك، وفى الشفعـة ضرر صاحب النصف أعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفا.

وإذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهـما أثلاثًا، لأننا إذا حكمنا بأن الثلث معـتق عليهما نصـفين فنصف الثلث سدس إذا ضممناه إلى النصف الذى لأحدهمـا صار ثلثين، وإذا ضممنا السدس الآخر إلى سـدس المعتق صار ثلثًـا وعلى الوجه الآخر يصـير الولاء بينهما أرباعًـا: لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ولصاحب السدس ربعه والضمان بينهما كذلك.

فأما قوله فأعتقاه معًا، فلأنه شـرط فى الحكم الذى ذكرناه اجتماعهما فى العتق بحيث لا يسبق أحدهما الآخر بأن يتلفظا به معًـا أو يوكل أحدهما صاحبه فيعتقهمـا معًا أو يوكلا وكيلاً فيعتقهما أو يعلقا عتقه على شرط فيـوجد، فإن سبق أحدهما صاحبه عتق عليه نصيب شريكيه جميعًـا وكان الضمان عليه والولاء له كله، وقـوله وهما موسران شرط آخر فـإن سراية العتق يشترط لها اليســار، فإن كان أحدهما موسرًا وحده قوم عليـه جميع نصيب من لم يعتق، لأن المعسر لا يسـرى عتقه فيكون الضمان علـى الموسر خاصة، فإن كان أحـدهما يجد بعض ما يخصه قوم عليه ذلك القدر وباقيه على الآخر مثل أن يجد صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوم عليه ويقوم الربع على صاحب النصـف ويصير ولاؤه بينهم أرباعًا لصاحب السدس ربعه وباقيه لمعتق النصف، لأنه لو كـان أحدهما معسرًا قوم الجميع على الآخـر، فإذا كان موسرًا ببعضه قوم الباقى على صاحب النصف لأنه موسر.

منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حرًا ولا ولاء عليه لواحد منهما فإن أعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفـسه فى شهادته فهل يثبت له ولاء ما أعتـقه؟ على وجهين، وإن أقر كل واحد منهما بإنه كان أعتق نصيبه وصدق الآخر فى شهادته بطل البيعان وثبت لكل واحد منهما الولاء على نصـفه، لأن أحدًا لا ينازعـه فيه وكل واحـد منهمـا يصدق الآخر فـى استحـقاق الولاء، ويحتمل أن يثـبت الولاء لهما، وإن لم يكذب واحد منهمـا نفسه، لأنا نعلم أن الولاء ثابت عليه لهـما ولا يخرج عنهمـا وأنه بينهما إما بالعـتق الأول وإما بالثانى، لأنهـما إن كانا صادقين فى شـهادتهما فقـد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذى أعـتقه أولاً، وإن كانا كاذبين فقد أعـتق كل واحد منهما نصفه بعد أن اشتراه، وإن كان أحـدهما صادقًا والآخر كاذبًا فـلا ولاء للصادق منهـما، لأنه لم يعتق النصف الذى كـان له ولا صح عتـقه فى الذى اشتـراه، لأنه كان حـرًا قبل شـرائه والولاء كله للكاذب، لأنه أعتق النصف الـذى كان له ثم اشترى النصف الذى لشريكه وكل واحد منهما يساوى صاحبه فى الاحتمال فيقسم بينهما.

فصل: وكل من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه، وإن شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشترياه أو أحدهما عتق، وبهذا قال مالك والأوزاعى والشافعى وابن المنذر وهو قياس أبى حنيفـة ولا يثبت للمشترى ولاء على العبـد، لأنه لا يدعيه ولا للبائع،

١٩٥٥- مسألة: قال: (**وإذا كانت الأمة بين شريكين فأصابها أحدهما وأحبلها أدب ولم يبلغ به الحد وضمن نصف قيمتها لشريكه وصارت أم ولد له، وولده حر، وإن كان معسراً كان فى ذمته نصف مهر مثلها وإن لم تحبل منه فعليه نصف مهر مثلها وهى على ملكيهما**) .

لا نعلم خلافًا بين أهل العلم فى تحريم وطء الجارية المشتركة، لأن الوطء يصادف ملك غيره من غير نكاح ولم يحله الله تعالى فى غير ملك ولا نكاح بدليل قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٦) فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾ (المؤمنون: ٥ - ٧) وأكثر أهل العلم لا يوجبون فيه حدًا لأن له فيها ملكًا فكان ذلك شبهة دارئة للحد وأوجبه أبو ثور، لأنه وطء محرم لأجل كونه فى ملك غيره فأشبه ما لو لم يكن له فيها ملك.

ولنا: أنه وطء صادف ملكه فلم يوجب به حد كوطء زوجته الحائض، ويفارق ما لا ملك له فيها، فإنه لا شبهة له فيها ولهذا لو سرق عينًا له نصفها لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك قطع ولا خلاف فى أنه يعزر لما ذكرناه فى حجة أبى ثور، ثم لا يخلو من حالين إما أن لا تحمل منه فهى باقية على ملكهما وعليه نصف مهر مثلها، لأنه وطء سقط فيه الحد للشبهة فأوجب مهر المثل كما لو وطئها يظنها امرأته، وسواء كانت مطاوعة أو مكرهة لما ذكرنا، ولأن وطء جارية غيره يوجب المهر، وإن طاوعت، لأن المهر لسيدها فلا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت فى قطع عضو من أعضائها ويكون الواجب نصف المهر بقدر ملك الشريك

لأنه ينكر عتقه ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق عليهما، أو كانا معسرين عدلين فحلف العبد مع كل واحد منهما وعتق العبد أو ادعى عبد أن سيده أعتقه أنكر وقامت البينة بعتقه عتق ولا ولاء على العبد فى هذه المواضع كلها، لأن أحدًا لا يدعيه ولا يثبت لأحد حق ينكره، فإن عاد من ثبت إعتاقه فاعترف به ثبت له الولاء، لأنه لا مستحق له سواه، وإنما لم يثبت له لإنكار له إذا اعترف زال الإنكار وثبت له وأما الموسران إذا عتق عليهما، فإن صدق أحدهما صاحبه فى أنه أعتق نصيبه وحده أو أنه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر، وإن اتفقا على أن كل واحد منهما أعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما وإن ادعى كل واحد منهما أنه المعتق وحده أو أنه السابق فأنكر الآخر تحالفا والولاء بينهما نصفين.

21- **مسألة:** (**وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده**) .

لاعترافه بأن نصيبه قد صار حرًا بإعتاق شريكه الموسر الذى يسرى عتقه ولم يعتق نصيب الموسر، لأنه يدعى أن المعسر الذى لا يسرى عتقه أعتق نصيبه فعتق نصيبه وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه، لأنه يجر إلى نفسه نفعًا لكونه يجب عليه بشهادته قيمة حصته، فعلى هذا إن لم تكن للعبد بينة سواه حلف الموسر وبرئ من القيمة والعتق جميعًا ولا ولاء للمعسر فى

فيها، **الحال الـثانى**: أن يحبلها وتضع ما يتبين فيه بعض خلق الإنسان، فإنها تصير بذلك أم ولد للواطئ كمـا لو كانت خالصـة له وتخرج بذلك من ملك الشريك كـما تخرج بالإعـتاق وسواء كان الواطئ موسرًا أو معسرًا، لأن الإيلاد أقوى من الإعتاق ويلزمه نصف قيمتها، لأنه أخرج نصفـها من ملك الشريك فلزمتـه قيمته كـما لو أخرجه بالإعتـاق أو الإتلاف، فإن كان موسرًا أداه وإن كان معسرًا فهو فى ذمته كما لو أتلفها، والولد حر يلحق نسبه بوالده، لأنه من وطئ فى محل له فيـه ملك فأشبه مـا لو وطئ زوجته، وقال القاضى: الـصحيح عندى أنه لا يقوم عليـه نصيب شريكه إذا كان مـعسرًا بل يصيـر نصفهـا أم ولد ونصفها قنًا باقـيًا فى ملك الشريك، لأن الإحبـال كالعتق ويجرى مجـراه فى التقويم والسراية فـاعتبر فى سرايتـه اليسار كالعتق، وهذا قول أبى الخطاب أيضًا ومذهب الشافعى، فعلى هذا إذا ولدت احتمل أن يكون الولد كله حرًا لاستحالة انعقاد الولد من حر وعبد واحـتمل أن يكون نصفه حرًا ونصفه رقيقًا، لأن نصف أمه أم ولد ونصـفهـا قن لغير الواطئ فكان نصف الولـد حرًا ونصفـه رقيقًـا كولد المعتق بعضها، وبهذا يتبين أنه لم يستحل انعقاد الولد من حر وقن.

ووجه قول الخـرقى: إن بعضها أم ولد فكان جمـيعها أم ولد كما لو كـان الواطئ موسرًا ويفارق الإعـتاق فإن الاستيـلاد أقوى، ولهذا ينفـذ من جميع المال من المـريض ومن الصبى والمجنون والإعتاق بخلافه.

فـصل: قال أبو الخطاب: وهل تلـزمه قيمة الـولد ومهر الأمة؟ على وجهين: **أحدهـما:**

نصيبه، لأنه لا يدعيـه ولا للموسر أيضًا لذلك، فإن عاد المعسر فـأعتقه وادعاه ثبت له، وإن أقر الموسر بإعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضًا وعليه غرامة نصيب المعسر، ويثبت له الولاء، وإن كان للعبد بينة تشـهد بإعتاق الموسر وكانت عدلين ثبت العـتق ووجبت القيمة للمعـسر عليـه، وإن كانت عدلاً واحـدًا وحلف العبـد معـه ثبت العتق فى إحدى الـروايتين والأخرى لا يثبت العتق وللمعسر أن يحلف معه ويستـحق قيمة نصيبه سواء حلف العبد أو لم يحلف، لأن الذى يدعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين.

فـصل: وإذا ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وأنكر الآخر وكان المدعى عليه موسـرًا عتق نصيب المدعى وحـده لاعترافه بحـريته بسراية عـتق شريكه وصار مدعـيًا نصف القيـمة على شريكه ولا يسـرى، لأنه لا يعترف أنه المـعتق له وإنما عتـق باعترافه بحـريته لا بإعتاقه له، ولا ولاء عليه لإنكاره له، قال القـاضى: وولاؤه موقوف، وإن كان المدعى عدلاً لم تقبل شهـادته، لأنه يدعى نصف قيمتـه على شريكه فيجر بـشهادته إليه نفعًـا، ومن شهد بشهادة يجر بها إليـه نفعًا بطلت كلها، وأما إن كان المدعى عليه معسـرًا فالقول قوله مع يمينه ولا يعتق منه شىء، فإن كـان المدعى عدلاً حلف العبـد مع شهادته وصار نصفـه حرًا، وقال حماد: إن كان المشهـود عليه موسرًا سعى له، وإن كان معسرًا سعى لهـما، وقال أبو حنيفة:

لا يلزمه ذلك وهو ظاهر قول الخرقى لأنه لم يذكرهما لأن الأمة صارت مملوكة له فلم يلزمه مهر مملوكته ولا قيمة ولدها ولأن الولد خلق حرّاً فلم يقوم عليه ولده الحر، **والوجه الثانى:** يلزمه لشريكه نصف مهر مثلها ونصف قيمة ولدها، لأن الوطء صادف ملك غيره وإنما انتقلت بالوطء الموجب للمهر فيكون الوطء سبب الملك ولا يثبت الحكم إلا بعد تمام سببه فيلزم حينئذ تقدم الوطء على ملكه فيكون فى ملك غيره فيوجب مهر المثل وفعله ذلك منع انخلاق الولد على ملك الشريك فيجب عليه نصف قيمته كولد المغرور، وقال القاضى: إن وضعت الولد بعد التقويم فلا شىء على الواطئ، لأنها وضعته فى ملكه وقت الوجوب حالة الوضع ولا حق للشريك فيها ولا فى ولدها، وإن وضعته قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه؟ على روايتين، ذكرهما أبو بكر واختار أنه تلزمه قيمته.

فصل: ولا فرق بين أن يكون له فى الأمة ملك كثير أو يسير، وقد ذكر الخرقى فيما إذا وطئ جارية من المغنم أنها تصير أم ولد إذا أحبلها، وإن كان إنما له فيها سهم يسير من كثير من ألف سهم.

١٩٥٦- **مسألة:** قال: **(وإن ملك سهمًا ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وكان لشريكه عليه قيمة حقه منه، وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا مقدار ما ملك، وإن ملك بعضه، بالميراث لم يعتق منه إلا مقدار ما ملك موسراً كان أو معسراً)**.

قد ذكرنا فيما تقدم أن من ملك ذا رحم محرم فهو حر لما روى سمرة أن النبى ﷺ

إن كان معسراً استسعى العبد وولاؤه بينهما، وإن كان موسراً فولاء نصفه موقوف، فإن اعترف أنه أعتق استحق الولاء وإلا كان الولاء لبيت المال.

22- **مسألة: (وإذا قال أحد الشريكين: إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر، فأعتق الأول وهو موسر عتق كله عليه)**.

هذا اختيار الأصحاب أنه يعتق على الأول ويقوم عليه نصيب الشريك إن كان موسراً ولا يقع إعتاق شريكه، لأن السراية سبقت فمنعت عتق الشريك، قال شيخنا: ويحتمل أن يعتق عليهما جميعًا، لأن عتق نصيبه سبب السراية وشرط لعتق نصيب الشريك فلم يسبق أحدهما الآخر لوجودهما فى حال واحدة وقد يرجح وقوع عتق الشريك، لأنه تصرف منه فى ملكه والسراية تقع فى غير ملك على خلاف الأصل فكان نفوذ عتق الشريك أولى، ولأن سراية العتق على خلاف الأصل لكونها إتلافًا لملك المعصوم بغير رضاه وإلزامًا للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره وإنما ثبت لمصلحة تكميل العتق، فإذا حصلت هذا المصلحة بإعتاق الملك كان أولى.

23- **مسألة: (وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا نصيبه)** لما ذكرنا من أن عتق المعسر لا يسرى إلى نصيب شريكه ويعتق نصيب شريكه بالشرط.

قال: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى[٢٣]، وروى ضمرة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبى ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»[٢٤].

وسئل أحـمد عن ضمـرة فقال ثقـة إلا أنه روى حديثين لـيس لهما أصل، أحـدهما هذا الحـديث، وروى عن إبراهيم عن الأسود عن عـمر أنه قـال: «من ملك ذا رحم مـحرم فـهو حـر»[٢٥] وقد ذكرنا هذا وما فيه من الخلاف فيما تقـدم، فأما إن ملك سهمًا ممن يعتق عليه مثل أن يملك سـهمًـا من ولده، فإنه يعتق عليـه ما ملك منه سـواء ملكه منه بعوض أو بغـير عوض كالهبة والاغتنام والوصية وسواء ملكه باختيـاره كالذى ذكرناه أو بغير اختياره كالميراث لأن كل ما يعتق به الكل يـعتق به البعض كالإعتـاق بالقول ثم ينظر، فإن كان معـسرًا لم يسر العتق واسـتقر فى ذلك الجـزء ورق الباقى، لأنه لو أعتـقه بقوله لم يسر إعـتاقه مع تصـريحه بالعتق وقصده إياه فهـهنا أولى، وإن كان موسرًا وكان الملك باختياره كـالملك بغير الميراث سرى إلى باقيه فعتق جـميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقيـة، لأنه فوته عليه، وبهذا قال مالك والشافـعى وأبو يوسف وقال قوم: لا يعتق عليـه إلا ما ملك سواء ملكه بشـراء أو غيره، لأن هذا لم يعتقه وإنما عتق عليه بحكم الشرع من غير اختيار منه فلم يسر كما لو ملكه بالميراث، وفارق ما أعتقه لأنه فعله باختياره قاصدًا إليه.

24- مـسـألة: (وإن قال: إذا أعتقت نصيـبك فنصيبى حر مع نصيبك فأعتـق نصيبه عتق عليهما موسرًا كان أو معسرًا).

ولما يلزم المعـتق شىء، لأن العتق وجد منهمـا معًا فهو كـما لو وكلا رجلاً فى إعـتاقه عنهما فأعـتقهما، وقيل: يعتق كله على المـعتق، لأن إعتاق نصيبه شـرط عتق نصيب شريكه فيلزم أن يكون سابقًا عليه والأول أولى، لأنه أمكن العمل بمقتضى شرطه فوجب العمل به لما ذكرنا.

فـصل: فإن قال: إن أعتقت نصيـبك فنصيبى حر قبل إعتاقك وقعا مـعًا إذا أعتق نصيبه، هذا مقتضى قول أبى بكر والقاضى، ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق كله على المعتق ولا يقع إعتاق شريكه، لأنه إعتاق فى زمن ماض، ومقتضى قول ابن شريح ومن وافقه ممن قال بسراية العتق أن لا يصح إعتـاقه، لأنه يلزم من عتق نصيبه تقـدم عتق الشريك وسرايته فيـمتنع إعتاق نصيب هذا ويمـتنع عتق نصيب الشريك ويفـضى إلى الدور فيمتنع الجمـيع وسنذكر ذلك فى الطلاق إن شاء الله تعالى.

(٢٣) تقدم فى (ج٨) مسألة رقم (١٣٩).

(٢٤) أخرجه ابن ماجه فى «العتـق» (٢/ ٢٥٢٥) وفى «الزوائد»: فى إسناده من تكلّم فيه وإسناده صحيح، وانظر الإرواء (٦/ ١٧٠).

(٢٥) ذكره الزيلعى فى «نصب الراية» (٣/ ٢٨٠) وعزاه إلى الطحاوى من طريق الأسود عن عمر مرفوعًا.

ولنا: أنه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصداً إليه فسرى ولزمه الضمان كما لو وكل من أعتق نصيبه وفارق الميراث فإنه حصل من غير قصده ولا فعله، ولأن من باشر سبب السراية اختياراً لزمه ضمانها كمن جرح إنسانًا فسرى جرحه، ولأن مباشرته لما يسرى وتسببه إليه فى لزوم حكم السراية واحد بدليل استواء الحافز والدافع فى ضمان الواقع، فأما إن ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر فيما ملكه ورق الباقى سواء كان موسراً أو معسراً، لأنه لم يتسبب إلى إعتاقه وإنما حصل بغير اختياره، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف، وعن أحمد ما يدل على أنه يسرى إلى نصيب شريكه إذا كان موسراً، لأنه أعتق عليه بعضه وهو موسر فسرى إلى باقيه كما لو وصى له به فقبله، والمذهب الأول، لأنه لم يعتقه ولا تسبب إليه فلم يضمن ولم يسر كالأجنبى، وفارق ما تسبب إليه.

فصل: وإن ورث الصبى والمجنون جزءاً ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه، لأنه إذا لم يسر فى حق المكلف ففى حقهما أولى، وإن وهب لهما أو وصى لهما به وهما معسران فعلى وليهما قبوله، لأنه نفع لهما بإعتاق قريبهما من غير ضرورة يلحق بهما، وإن كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بعضه؟ وفيه وجهان: **أحدهما:** لا يقوم ولا يسرى العتق إليه، لأنه يدخل فى ملكه بغير اختياره فأشبه ما لو ورثه. **والثانى:** يقوم عليه، لأن قبول وليه يقوم مقام قبوله فأشبه الوكيل فعلى هذا الوجه ليس لوليه قبوله لما فيه من الضرر وعلى الأول يلزمه قبوله، لأنه يقع بغير ضرر إذا كان ممن لا تلزمه نفقته، وإذا قلنا: ليس له أن يقبله فقبله احتمل أن لا يصح القبول، لأنه فعل ما لم يأذن الشرع فيه فأشبه ما لو باع ماله بغبن، واحتمل أن يصح وتكون الغرامة عليه، لأنه ألزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حجه.

فصل: وإذا باع عبداً لذى رحمه وأجنبى صفقة واحدة عتق كله إذا كان ذو رحم معسراً وضمن لشريكه قيمة حقه منه، وقال القاضى: لا يضمن لشريكه شيئًا، لأن ملكه لم يتم إلا بقبول شريكه فصار كأنه أذن له فى إعتاق نصيبه.

ولنا: أنه عتق عليه نصيبه بملكه باختياره فوجب أن يقوم عليه باقيه مع يساره كما لو انفرد بشرائه ولا نسلم أنه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه.

فصل: وإذا كانت أمة مزوجة ولها ابن موسر فاشتراها هو وزوجها وهى حامل منه صفقة واحدة عتق نصيب الابن من أمه وسرى إلى نصيب الزوج ويقوم عليه وعتق الحمل عليهما معًا، لأنه ابن الزوج وأخ الابن، ولا يجب لأحدهما على الآخر شىء منه، لأنه عتق عليهما فى حال واحدة، ولو كانت المسألة بحالها فوهبت لهما أو أوصى لهما بها فقبلاها فى حالة واحدة فكذلك، وإن قبلها أحدهما قبل الآخر نظرنا، فإن قبل الابن أولاً عتقت عليه الأم وحملها، حصته من الأم بالملك وتبعها حصته من الحمل وسرى العتق إلى الباقى فى الأم والولد وعليه قيمة باقيهما للزوج، وإن قبل الزوج أولاً عتق عليه الحمل كله نصيبه بالملك

وباقيه بالسـراية وقوم عليه، ثم إذا قبل الابن عـتقت عليه الأم كلها ويتقـاصان ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه، ومن قال فى الوصيـة إن الملك لا يثبت فيها بالموت فالحكم فيه كما لو قبلاها دفعة واحدة.

فـــصل: وإذا كان لرجل نصف عـبدين متسـاويين فى القيمـة لا يملك غيرهما فـأعتق أحدهما فى صـحته عتق وسرى إلـى نصيب شريكه، لأنه موسـر بالنصف الذى له من العـبد الآخر، فإن أعـتق النصف الآخر من العبد الآخر عـتق، لأن وجوب القيمـة فى ذمته لا يمنع صحة عتقه ولم يسر لأنه معسر، وإن أعـتق الأول فى مرض موته لم يسر، لأنه إنما ينفذ عتقه فى ثلث ماله وثلث ماله هو الثلث من العبد الذى أعتق نصفه فإذا أعتق الثانى وقف على إجازة الورثة، وإن أعتق الأول فى صحته وأعتق الثانى فى مـرضه لم ينفذ عتق الثانى، لأن عليه دينًا استغرق قيمته فيمنع صحة عتقه إلا أن يجيز الورثة.

فـصل: إذا شهد شاهدان على رجل أنه أعتق شركًا له فى عهد فسرى إلى نصيب الشريك وغرم له قيـمة نصيبه ثم رجعـا عن الشهادة غرما قـيمة العبد جمـيعه، وقـال بعض أصحـاب الشافعى: تلزمـهما غرامة نصـيبه دون نصيب شريكه، لأنهـما لم يشهدا إلا بعتق نصـيبه فلم تلزمهما غرامة ما سواه.

ولنا: أنهما فوتا عليـه نصيبه وقيمة نصيب شـريكه فلزمهما ضمانه كما لو فـوتاه بفعلهما وكمـا لو شهـدا عليه بجـرح ثم سرى الجـرح ومات المـجروح فضـمن الدية ثم رجـعا عن شهادتهما.

فـصل: إذا كان لرجل نصف عبدين متساويين فى القيمة لا يملك غيرهما فأعتق أحدهما فى صحته عتق وسرى إلى نصيب شريكه، لأنه موسر بالنصف الذى له من العبد الآخر، فإن أعتق النصف الآخـر عتق، لأن وجوب القيـمة فى ذمته لا يمنع صـحة عتقـه ولم يسر، لأنه معسر وإن أعتق الأول فى مرض موته لم يسر، لأنه إنما ينفذ عتقه فى ثلث ماله وثلث ماله هو الثلث من العبد الذى أعتق نصفـه، وإذا أعتق الثانى وقف على إجازة الورثة، وإن أعتق الأول فى صحتـه وأعتق الثانى فى مرضه لم ينفـذ عتق الثانى، لأن عليه دينًا يستـغرق قيمتـه فيمنع صحة عتقه إلا أن يجيز الورثة.

فـصل: إذا شهد شاهدان على رجل أنه أعتق شركًا له فى عبد فسرى إلى نصيب الشريك وغرم له قيـمة نصيبه ثم رجعـا عن الشهادة غرما قـيمة العبد جمـيعه، وقـال بعض أصحـاب الشافعى: تلزمـهما غرامة نصـيبه دون نصيب شريكه، لأنهـما لم يشهدا إلا بعتق نصـيبه فلم تلزمهما غرامة ما سواه.

ولنا: أنهما فوتا عليـه نصيبه وقيمة نصيب شـريكه فلزمهما ضمانه كما لو فـوتاه بفعلهما وكمـا لو شهـدا عليه بجـرح ثم سرى الجـرح ومات المـجروح فضـمن الدية ثم رجـعا عن شهادتهما.

فـــصل: وإن شهد شاهدان على ميت بعتق عـبد فى مرض موته، وهو ثلث ماله فحكم حاكم بشـهادتهمـا وعتق العبـد ثم شهد آخـران بعتق آخر هو ثـلث ماله ثم رجع الأولان عن الشهادة نظرنا فى تاريخ شهادتهما فإن كـان سابقة ولم تكذب الورثة رجوعهما عتق الأول ولم يقبل رجوعهـما ولم يغرما شيئًـا ويحتمل أن يلزمهما شراء الثـانى وإعتاقه، لأنهما منعـا عتقه بشهادتهمـا المرجوع عنها، وإن صدقوهما فى رجوعـهما وكذبوهما فى شهادتهـما عتق الثانى ورجعـوا عليهمـا بقيمة الأول، لأنهـما فوتا رقـه عليهم بشهـادتهم المرجوع عنهـا، وإن كان تاريخها متأخرًا عن الشهادة الأخرى بطل عتق المحكوم له بعتقه، لأننا تبينا أن الميت قد أعتق ثلث ماله قبل إعـتاقه ولـم يغرم الشاهدان شـيئًا، لأنهما ما فـوتا شيئًا، وإن كانتـا مطلقتين أو إحداهما أو أنفق تاريـخهما أقرع بينهـما، فإن خرجت على الثانـى عتق وبطل عتق الأول ولا شيء على الشـاهدين، لأن الأول باق على الرق، وإن خـرجت قرعـة الأول عـتق ونظرنا فى الورثة فإن كـذبوا الشاهدين الأولين فى شهادتهـما عتق الثانى ورجـعوا على الشاهدين بقـيمة الأول، لأنهما فوتا رقه بغير حق، فإن كذبوهما فى رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشىء، لأنهم يقرون بعتق المحكوم بعتقه.

١٩٥٧- مسألة: قال: **(وإذا كان له ثلاثة أعبد فأعتقهم فى مرض موته أو دبرهم أو دبر أحدهم وأوصى بعتق الآخرين ولم يخـرج من ثلثه إلا واحد لتساوى قيمـتهم أقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق فمن وقع له سهم الحرية عتق دون صاحبيه)**.

فـــصل: وإن شهد شاهدان عـلى ميت بعتق عبد فى مرض مـوته وهو ثلث ماله فحكم الحاكم بشهادتهـما وعتق العبد ثم شهد آخران بـعتق آخر وهو ثلث ماله ثم رجع الأولان عن الشهادة نظرنا فى تاريخ شهـادتهما، فإن كانت سابقة ولم يكذب الورثة رجـوعهما عتق الأول ولم يقبل رجوعهـما ولم يغرما شيئًا، ويحتـمل أن يلزمهما شراء الثانى وإعتاقـه، لأنهما منعا عتقه بشهـادتهما المرجوع عنها، وإن صدقوهمـا فى رجوعهما وكذبوهما فى شهـادتهما عتق الثانى ورجعوا عليهما بقيمة الأول، لأنهما فوتا رقه عليهم بشهادتهما المرجوع عنها، وإن كان تاريخها متأخـرًا عن الشهادة الأخرى بطل حكم عتق المحكوم بعتقـه، لأننا تبينا أن الميت قد أعتق ثلث ماله قبل إعتاقه ولم يغرم الشاهدان شيئًا، لأنهما ما فوتا شيئًا، وإن كانتا مطلقتين أو إحداهما أو اتفق تاريـخهما أقرع بينهـما، فإن خرجت على الثانـى عتق وبطل عتق الأول ولا شيء على الشـاهدين، لأن الأول باق على الـرق وإن خرجت قـرعـة الأول عـتق ونظرنا فى الورثة، فإذا كذبوا الشـاهدين الأولين فى شهادتهما عـتق الثانى ورجعوا على الشاهدين بقـيمة الأول، لأنهما فوتا رقه بغير حق، وإن كذبوهما فى رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشىء، لأنهم يقرون بعتق المحكوم بعتقه.

فـصل: قال الشيخ ﷺ: ويصح تعليق العتق بالصـفات كدخول الدار ومجىء الأمطار،

وجــمـلة ذلك: أن العتق فى مرض الـموت والتدبير والوصيـة بالعتق يعتبـر خروجه من الثلث، لأن النبى ﷺ لم يجز من عتق الذى أعتق ستـة مملوكين فى مرضه إلا ثلثهم (٢٦)، ولأنه تبرع بمال أشـبه الهبة فإن أعتق أكـثر من الثلث لم يجز إلا الثلث، فإن أعتق عـبيدًا فى مرضه واحدًا بعـد واحد بدئ بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث، وإن وقع العـتق دفعة واحدة ولم يخرجوا من الثلث أقرع بينهم فأخرج الثلث بالقرعـة، ومسألة الخرقى فيما إذا وقع العتق دفعة واحدة ولم يكن له مال سواهم.

وأما إن دبرهم استوى المقدم والمؤخر منهم، لأن التدبير عتق معلق بشرط وهو الموت، والشرط إذا وجد ثبت المشروط به فى وقت واحد وكذلك الموصى بعتقه يستوى هو والتدبير، لأن الجميع عتق بعد الموت فـمتى أعتق ثلاثة أعبد متساويين فى القيمـة هم جميع ماله دفعة واحدة أو دبرهم أو وصى بعتقهم أو دبر بعضهم ووصى بـعتق باقيهم ولم يجز الورثة أكثر من الثلث أقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق صاحباه، وبهذا قال عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان ومالك والشافعى وإسحاق وداود وابن جرير.

وقال أبو حنيفة: يعتق من كل واحد ثلثه ويستـسعى فى باقيه، وروى نحو هذا عن سعيد ابن المسـيب وشريح والشعبى والنخـعى وقتادة وحمـاد، لأنهم تساووا فى سبب الاستـحقاق

لأنه عتق بصفـة فصح كالتدبير، وإذا علـق عتقه على مجىء وقت كـقوله: أنت حر فى رأس الحول لم يعتق حتى يجىء رأس الحول وله بيعه وهبته وإجارته ووطء الأمة كالتدبير، وبه قال الأوزاعى والشافـعى وابن المنذر، قال أحـمد: إذا قال لغـلامه: أنت حر إلى أن يقـدم فلان ويجىء فلان وإلـى رأس السنة وإلى رأس الشهـر، إنما يريد إذا جاء رأس الـسنة أو جاء رأس الهلال.

وإذا قال: أنت طالق إذا جاء الهلال إنما يريد إذا جاء رأس الهلال، وقال إسحاق كما قال أحمد، وحـكى عن مالك أنه قال: إذا قال لعـبده أنت حر فى رأس الحول عـتق فى الحال، والذى حكاه ابن المنذر عنه أنها إذا كانت جارية لم يطأها، لأنه لا يملكهـا تامًا ولا يهبها ولا يبيـعها، وإن مـات السيد قبل الـوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المـال، وقد روى عن أحـمد أنه لا يطؤها، لأن ملكه غـير تـام عليهـا، والأول أصح لما روى عن أبى ذر أنه قـال لعبـده: أنت عتيق إلى رأس الحول فلولا أن العـتق يتعلق بالحول لم يعلقـه عليه، ولأنه علق العتق بصفة فوجب أن يتعلق بها كما لو قال: إذا أديت إلى ألفًا فأنت حر واستحقاقه للعتق لا يمنع إباحة الوطء كـالاستيـلاد وأما المكاتبة فـإنما لم يبح وطؤها، لأنها اشـترت نفسـها من سيدها بعوض وزال ملكه عـن إكسابها بخلاف مسألتنا، ومـتى جاء الوقت وهو فى ملكه عتق بغير خلاف نعلمه، فإن خرج عن ملكه ببيع أو ميراث لم يعتق.

---

(٢٦)انظر (حـ٨/ ١٣٤).

فيتساوون فى الاستحقاق كما لو كان يملك ثلثهم وحده وهو ثلث ماله، أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل، وأنكر أصحاب أبى حنيفة القرعة وقالوا: هى من القمار وحكم الجاهلية ولعلهم يردون الخبر الوارد فى هذه المسألة لمخالفته قياس الأصول، وذكر الحديث لحماد فقال: هذا قول الشيخ ـ يعنى إبليس ـ فقال له محمد بن ذكوان: وضع القلم عن ثلاثة... أحدهم المجنون حتى يفيق ـ يعنى أنه مجنون ـ فقال له حماد: ما دعاك إلى هذا؟ فقال محمد: وأنت فما دعاك إلى هذا؟ وهذا قليل فى جواب حماد وكان حريًا أن يستتاب عن هذا فإن تاب وإلا ضربت عنقه.

ولنا: ما روى عمران بن حصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة مملوكين فى مرضه لا مال له غيرهم فجزأهم رسول الله ﷺ ستة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة، وهذا نص فى محل النزاع وحجة لنا فى الأمرين المختلف فيهما وهما جمع الحرية واستعمال القرعة وهو حديث صحيح ثابت رواه مسلم وأبو داود وسائر أصحاب السنن، ورواه عن عمران بن حصين والحسن وابن سيرين وأبو المهلب ثلاثة أئمة، ورواه الإمام أحمد(٢٧) عن إسحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الحذاء عن أبى قلابة عن أبى زيد الأنصارى عن النبى ﷺ.

قال أحمد أبو زيد الأنصارى رجل من أصحاب النبى ﷺ، وروى نحوه عن أبى هريرة عن النبى ﷺ(٢٨)، ولأنه حق فى تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الإجبار إذا طلبها أحد الشريكين(٢٩) ونظيره من القسمة ما لو كانت دار بين اثنين لأحدهما ثلثها وللآخر

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وقال النخعى وابن أبى ليلى: إذا قال لعبده: إن فعلت كذا فأنت حر فباعه بيعًا صحيحًا ثم فعل ذلك عتق وانتقض البيع، قال ابن أبى ليلى: إذا حلف بالطلاق لا كلمت فلانًا ثم طلقها طلاقًا بائنًا ثم كلمه حنث، وعامة أهل العلم على خلاف هذا لقول النبى ﷺ: «لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم» ولأنه لا ملك له فلم يقع طلاقه وعتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم.

فصل: وإذا قال لعبده: إن لم أضربك عشرة أسواط فأنت حر، ولم ينو وقتًا بعينه لم يعتق حتى يموت وإن باعه قبل ذلك صح بيعه، ولم يفسخ فى قول أكثر أهل العلم، وقال مالك: ليس له بيعه فإن باعه فسخ البيع.

ولنا: أنه باعه قبل وجود الشرط فلم يفسخ كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، وباعه قبل دخولها.

---

(٢٧) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٥/ ٣٤١).

(٢٨) أخرجه الترمذى فى «الأحكام» (٣/ ص٦٤٥) من حديث عمران المتقدم وقال فى الباب عن أبى هريرة، والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ٢٨٦).

(٢٩) وفى بعض النسخ «الشركاء».

ثلثاها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لا ضرر فى قسمتها فطلب أحدهما القسمة، فإنه يجعل كل بيت سهمًا ويقرع بينهم بثلاثة أسهم لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان.

25- **مـسـألة:** (**وإذا علق عتق عبده بشرط كقوله: إن أديت إلى ألفًا فأنت حر أو إن دخلت الدار فأنت حر فهى صفة لازمة ألزمها نفسه ولا يملك إبطالها بالقول قياسًا على النذر**).

ولذلك إن اتفق السيد والعبد على إبطالها لم تبطل لذلك، ولو أبرأه السيد من الألف لم يعتق بذلك، ولم يبطل التعليق، لأنه لا حق له فى ذمته يبرئه منه.

فصل: ولا يعتق قبل وجود الصفة بكمالها، فلو قال لعبده: إذا أديت إلىَّ ألفًا فأنت حر لم يعتق حتى يؤدى الألف جميعها، وذكر القاضى أن من أصلنا أن العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها كما لو قال: أنت حر إن أكلت رغيفًا فأكل نصفه ولا يصح ذلك لوجوه:

أحدها: أن أداء الألف شرط العتق وشروط الأحكام يعتبر وجودها بكمالها لثبوت الأحكام وتنتفى بانتفائها كسائر شروط الأحكام، **والثانى:** أنه إذا علقه على وصف ذى عدد فالعدد وصف فى الشرط ومن علق الحكم على شرط ذى وصف لم يثبت ما لم توجد الصفة كقوله لعبده: إن خرجت عاريًا أنت حر فخرج لابسًا لم يعتق، فكذلك العدد، **الثالث:** أنه متى كان فى اللفظ ما يدل على الكل لم يحنث بفعل البعض كما لو حلف لا صليت صلاة أو لا صمت صيامًا لم يحنث حتى يفرغ مما سمى صلاة ويصوم يومًا، ولو قال لامرأته: إن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من الحيضة، وذكر الألف ههنا يدل على أنه أراد ألفًا كاملة، **الرابع:** أن الأصل الذى ذكره فيما ـ إذا قال: إن أكلت رغيفًا فأنت حر أنه يعتق بأكل بعضه ـ ممنوع وإنما إذا حلف لا يفعل شيئًا ففعل بعضه يحنث فى رواية فى موضع يحتمل إرادة البعض ويتناوله اللفظ كمن حلف لا يصلى فشرع فى الصلاة أو لا يصوم فشرع فى الصيام أو لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه ونحو هذا، لأن الشارع فى الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء الذى شرع فيه والقدر الذى شربه من الإناء هو ماء الإناء وقرينة حاله تقتضى المنع من الكل فتقتضى الامتناع من الكل ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل فحنث لذلك، ولو حلف على فعل شىء لم يبر إلا بفعل الجميع، وفى مسألتنا تعليق الحرية على أداء الألف يقتضى وجود أدائها فلا يثبت الحكم المعلق عليها دون أدائها كمن حلف ليؤدين ألفًا لا يبر حتى يؤديها، **الخامس:** أن موضوع الشرط فى الكتاب والسنة وأحكام الشريعة على أنه لا يثبت المشروط بدون شرطه كقول النبى ﷺ: «من قال: لا إله إلا الله دخل الجنة» فلو قال بعضها لم يستحق إلا العقوبة، وقوله: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له» لا تكون له بشروعه فى الإحياء، ولو قال فى المسابقة: من سبق إلى خمس إصابات فهو سابق لم يكن

وقولهم إن الخبر يخـالف قياس الأصول نمنع ذلك بل هو موافق له لما ذكـرناه وقياسهم فاسد لأنه إذا كان ملكه ثلثهم وحده لم يكن جمع نصيبه والوصية لا ضرر فى تفريقها بخلاف مسألتنا، وإن سلمنا مخـالفته قياس الأصول فقـول رسول الله ﷺ واجب الاتباع سواء وافق

سابقًـا إذا سبق إلى أربع، ولو قـال: من رد ضالتى فلـه دينار لم يستـحقه بالشـروع فى ردها فكيف يخالف مـوضوعات الشرع واللغة بغـير دليل؟ وإنما الرواية التى جـاءت عن أحمد فى الأيمان فيمن حلف أن لا يفعل شـيئًا ففعل بعضه: يحنث، لأن اليمـين على الترك يقصد بها المنع فنزلت منزلة النهى والنهى عن فعل شىء يقتضى المنع من بعضه بخلاف تعليق المشروط على الشرط.

فـصل: وما يكتسبه العبد قـبل وجود الشرط فهو لسيده، لأنه لا يوجد عقـد يمنع كون كسبه لسيده إلا أنه إذا علق عتقه على أداء مال معلوم فما أخذه السيد حسبه من المال فإذا كمل أداء المال عتق، وما فضل فى يده لسيده، لأنه كسب عبده، وإن كان المعلق عتقه أمة فولدت لم يتبعها ولدها فى أحد الوجهين، لأنهـا أمة قن فأشبه ما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حرة ولا تجب عليها قيمة نفسها، لأنه عتق من السيد فأشبه ما لو باشر العتق.

فـصل: إذا علق عتقه بـصفة ثم باعه ثم اشتراه ووجدت الـصفة عتق، وبهـذا قـال أبو حنيفة، وقال الشافـعى فيها قولان: **أحدهـما**: لا يعتق، لأن ملكه فيه متـأخر عن عقد الصفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفة فى حال زوال ملكه عنه.

ولنا: أنه علق الصفـة فى ملكه وتحقق الشـرط فى ملكه فوجب أن يعتق كـما لو لم يزل ملكه عنه، وفارق ما إذا علقها فى حال زوال ملكه، لأنه لو نجز العتق لم يقع، فإذا علقه كان أولى بعدم الوقوع بخلاف مسألتنا.

26- مـسـألة: (إلا أن تكون الصفـة وجدت منه فى حال زوال ملكه فهل تعـود بعوده؟ على الروايتين).

إحداهما: لا تعود، لأنها انحلت بوجودها فلم تعد كما لو انحلت بوجودها فى ملكه.

والثانـية: تعود، لأنه لم توجد الصفة التى يعتق بها فأشبه ما لو عاد إلى ملكه قبل وجود الصفة، ولأن الملك مـقدر فى الصفة فكأنه قال: إذا دخلت الـدار وأنت فى ملكى فأنت حر ولم يوجد ذلك، وقد روى عن أحمد فى الطلاق أنه يقع، لأن التعليق والشرط وجدا فى ملكه فأشـبه ما لو لم يتـخللهمـا دخول، ومن نصر الرواية الأولى قـال: إن العتق مـعلق بشرط لا يقتضى التكرار فإذا وجد مرة انحلت اليمين، وقد وجد الدخول فى ملك غيره فانحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك، ويفارق العتق الطلاق من حيث إن النكاح الثانى ينبنى على النكاح الأول، بدليل أن طلاقـه فى النكاح الأول يحتـسب عليـه فى النكاح الثانى، وينقص بـه عدد طلاقه والملك باليمين بخلافه.

القياس أو خـالفه، لأنه قول المعصوم الذى جـعل الله تعالى قوله حجة على الخلق أجـمعين وأمرنا باتبـاعه وطاعته وحـذر العقاب فى مـخالفة أمره وجـعل الفوز فى طاعتـه والضلال فى معصيته، وتطرق الخطأ إلى القائس فى قـياسه أغلب من تطرق الخطأ إلى أصحاب رسول الله ﷺ والأئمة بعدهم فى روايتهم على أنهم قد خالفوا قياس الأصول بأحاديث ضعيفة فأوجبوا

27- **مـسـألة:** (**وتبطل الصـفة بالمـوت**) لأن ملكه يزول بموته فتـبطل تصرفاته بزواله كالبيع.

28- **مسألة:** (**وإن قال: إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى أو أنت حر بعد موتى بشهر فهل يصح ويعتق بذلك؟ على روايتين**).

إذا قال: إن دخلت الدار بعـد موتى فأنت حر لم تنعـقد هذه، لأنه علق عتقـه على صفة توجد بعد زوال ملكه فلم يصح، كما لو قال: إن دخلت الدار بعد بيعى إياك فأنت حر، ولأنه إعتاقه له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق به كالمنجز، **والثانـية**: يعتق، ذكره القاضى وهو مذهب الشافعى، لأنه صرح بذلك فحمل عليه كما لو وصى بإعتاقه وكما لو وصى ببيع سلعة ويتصدق بثمنها ويفارق التصرف بعد البيع، فإن الله تعالى جعل للإنسان التصرف بعد موته فى ثلثـه بخلاف مـا بعد البـيع، والأول أصح إن شاء الله تعـالى، ويفارق الوصـية بالعـتق وبيع السلعة، لأن الملك لا يسـتقر للورثة فيه ولا يملكون التـصرف فيه بخلاف مـسألتنا، وسنذكر ذلك بأبسط من هذا فى التدبيـر إن شاء الله تعالى، وعنه يصح، لأنه إعتاق بعـد الموت فصح كما لو قال: أنت حر بعد موتى، وإن قال: أنت حر بعد موتى بشهر، فقد روى عن أحمد فى رواية مهنا أنه لا يعتق ولا تصح هـذه الصفة، وقال أيضًا: سألت أحـمد عن رجل قال: أنت حر بعد موتى بشهر بألف درهم فقال: هذا كله لا يكون شـيئًا بعد موته وهذا اختيار أبى بكر، وذكر القاضى وابن أبى مـوسى رواية أخرى أنه يعتق إذا وجدت الصفتيـن بعد الموت ومضت المدة المذكـورة، وهذا قول الثورى وأبى يوسف وإسحاق ووجـهما ما تقدم، وقـال أصحاب الرأى، لا يعتق حـتى يعتقه الوارث وعلى قـول من قال: يعتق يكون قـبل العتق ملكًا للوارث وكسبه لـه كأم الولد والمدبر فى حياة السيـد، وإن كان أمة فولدت قبل وجود الصـفة فولدها يتبعها فى التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هى، والله سبحانه أعلم.

فـصل: إذا قال لعبد له مقيد: هو حر إن حل قيده ثم قال: هو حر إن لم يكن فى قيده عشرة أرطال فشهد شاهدان عند الحاكم أن وزن قيده خمسة أرطال فحكم بعتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجـد وزنه عشرة أرطال عتق بحل قـيده وتبينا أنه ما عتق بالشـرط الذى حكم الحاكم بعتقه به وهل يلزم الشاهدين ضمان قـيمته، فيه وجهان: **أحدهـما**: يلزمهما، لأن شـهادتهما الكاذبة سبب عتـقه وإتلافه فضمنا كالشـهادة المرجوع عنها، ولأن عتـقه حكم بحكم الحاكم المبنى على الشهـادة الكاذبة فأشبه الحكم بالشـهادة التى يرجعان عنها، وهذا قـول أبى حنيفة

الوضوء بالنبيذ فى السفر دون الحضر، ونقضوا الوضوء بالقهقهة فى الصلاة دون خارجها، وقولهم: فى مسألتنا فى مخالفة القياس والأصول أشد وأعظم، والضرر فى مذهبهم أعظم، وذلك لأن الإجماع منعقد على أن صاحب الثلث فى الوصية وما فى معناها لا يحصل له شيء حتى يحصل للورثة مثلاه، وفى مسألتنا يعتقون الثلث ويستسعون العبد فى الثلثين فلا يحصل

والثانى: لا ضمان عليهما، وهو قول أبى يوسف ومحمد، لأن عتقه لم يحصل بالحكم المبنى على شهادتهما، وإنما حصل بحل قيده ولم يشهدا به فوجب أن لا يضمنا كما لو لم يحكم الحاكم.

فصل: وإن قال لعبده: أنت حر متى شئت لم يعتق حتى يشاء بالقول فمتى شاء عتق سواء كان على الفور أو التراخى، وإن قال: أنت حر إن شئت فكذلك ويحتمل أن يقف على المجلس، لأن ذلك بمنزلة التخيير ولو قال لامرأته: اختارى نفسك لم يكن لها الاختيار إلا على الفور فإن تراخى ذلك بطل خيارها كذا تعليقه بالمشيئة وإن قال: أنت حر كيف شئت احتمل أن يعتق فى الحال وهو قول أبى حنيفة، لأن كيف لا تقتضى شرطًا ولا وقتًا ولا مكانًا فلا تقتضى توقيف العتق، وإنما هى صفة للحال فتقتضى وقوع الحرية على أى حال كان ويحتمل أن لا يعتق حتى يشاء وهو قول أبى يوسف ومحمد، لأن المشيئة تقتضى الخيار فتقتضى أن يعتق قبل اختياره كما لو قال: أنت حر متى شئت، لأن كيف تعطى ما تعطى حتى وأى فحكمهما حكمها، وقد ذكر أبو الخطاب فى الطلاق أنه إذا قال لزوجته: أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت لم تطلق حتى تشاء فيجىء ههنا مثله.

29- مسألة: (وإن قال: إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى فدخل فى حياة السيد صار مدبرًا).

لأنه وجد شرط التدبير وهو دخول الدار وإن لم يدخل حتى مات بطلت الصفة، لأنه يزول به الملك ولم يوجد التدبير لعدم شرطه، وسنذكره فى التدبير إن شاء الله تعالى.

30- مسألة: (وإن قال إن ملكت فلانًا فهو حر أو كل مملوك أملكه فهو حر فهل يصح؟ على روايتين).

إحداهما: لا يصح ولا يعتق، روى ذلك عن ابن عباس، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وعروة والشافعى وابن المنذر ورواه الترمذى عن على وجابر بن عبد الله وعلى ابن الحسين وشريح وغير واحد من التابعين قال وهو قول أكثر أهل العلم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله: «لا عتق فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك» قال الترمذى: وهو حديث حسن وهو أحسن ما روى فى هذا الباب، وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «لا طلاق فيما لا يملك ابن آدم وإن عينها» رواه الدارقطنى، وعن على رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا طلاق قبل نكاح» وروى عن النبى ﷺ أنه قال:

للورثة شيء في الحال أصلاً ويحيلونهم على السعاية وربما لا يحصل منها شيء أصلاً، وربما لا يحصل منهـا في الشهـر إلا درهم أو درهمان فيكون هذا في حكم من لـم يحصل له شيء وفيه ضرر على العبيد لأنهم يجبرونهم على الكسب والسـعاية عن غير اختيار منهم وربما كان المجبر على ذلك جارية فـيحملها ذلك على البغاء أو عبدًا فيـسرق أو يقطع الطريق وفيه ضرر على الميت حيـث أفضوا بوصيتـه إلى الظلم والإضرار وتحقيق ما يوجـب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عـبيده وورثته، وقد روى عن النبي ﷺ فـي الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا قال: «لو شهدته لم يدفن في مقابر المسلمين» (٣٠) قال ابن عبد البر: في قول الكوفيين ضـروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفـة السنة الثابتة وأشار إلى مـا ذكرناه، وأما

«لا طلاق قـبل ملك» رواه أبو داود الطيالسـي، قال أحـمد: هذا عن النبي ﷺ وعـدة من الصحابة، لأنه قول من سمينا من الصحابة ولـم نعرف لهم مخالفًا فكان إجماعًا، وهذا ظاهر المذهب، ولأنه لا يملك بتخيير العتق فلم يملك تعليقه **والثانية:** يعتق إذا ملكه، لأنه أضاف العتق إلى حال يملك عتقه فيه فـأشبه ما لو كان التعليق في ملكه، وروى أبو طالب عن أحمد أنه قال: إن اشتريت هذا الغلام فهو حر فاشتراه عتق قال أبو بكر في كتاب الشافي: لا يختلف قول أبي عبد الله إن الـعتاق يقع إلا ما روى محمـد بن الحسن بن هارون في العتق أنه لا يقع وما أراه إلا غلطًا فإن كـان قد حفظ فهو قـول آخر، ولأنه لو قال لأمتـه: أول ولد تلدينه فهو حر فإنه يصح كذلك هذا وهو قول الثـوري وأصحاب الرأي، ولأنه يصح تعليقه على الأخطار فصح تعليـقه على حدوث الملك كـالوصية والنذر واليـمين وقال مـالك: إن خص جنسًا من الأجناس أو عبـدًا بعينه عـتق إذا ملكه، وإن قال: كل عبـد أملكه لم يصح، والأول أصح إن شاء الله تعالى، لأنه تعليق للعتق قبل الملك فأشبه ما لو قال لأمة غيره: إن دخلت الدار فأنت حرة ثم ملكها ودخلت الدار ولما ذكرنا من الأحاديث.

31- مـسألة: (فإن قال العبد ذلك ثم عتق وملك عتق في أحد الوجهين قياسًا على الحر، والثاني: لا يعتق، وهو الصحيح).

لأن العبد لا يصح العـتق منه حين التعليق لكونه لا يملك، وإن ملك فهـو ملك ضعيف غير مستقر لا يتمكن من التصرف فيه وللسيد انتزاعه منه بخلاف الحر.

فـصل: إذا قال الحر: أول غلام أملكه، فهو حر انبنى ذلك على العتق قبل الملك وفيه روايتان ذكرناهما، فإن قلنا: يصح عتق أول من يملكه لوجـود الشرط فإن ملك اثنين معًا عتق أحدهما بالقرعة في قياس قول أحمد فإنه قال في رواية مهنا إذا قال: أول من يطلع من عبيدي فهو حر فطلع اثنـان منهم أو جميعهم فإنه يقرع بينهـم ويحتمل أن يعتقا جمـيعًا، لأن الأولية وجدت فيهما جميـعًا فثبتت الحرية فيهما كما لو قال في المسـابقة: من سبق فله عشرة فسبق

---

(٣٠) أخرجه أبو داود في «العتق» (٤/ ح٣٩٦٠) وإسناده صحيح.

إنكارهم للقرعة فقد جاءت فى الكتاب والسنة والإجماع، قال الله تعالى: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ (آل عمران: ٤٤) وقال تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ (الصافات: ١٤١) وأما السنة: فقال أحمد: فى القرعة خمس سنن: أقرع بين نسائه(٣١)، وأقرع فى ستة مملوكين، وقال لرجلين: «استهما»(٣٢) وقال: «مثل القائم على حدود الله والمداهن فيها كمثل قوم اسـتهموا على سفينة»(٣٣) وقال: «لو يعلم النـاس ما فى النداء والصف الأول لاستهموا عليه»(٣٤) وفى حديث الزبير أن صفية جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة ﷺ فوجدنا إلى جنبه قـتيلاً فـقلنا لحمـزة ثوب وللأنصارى ثوب، فوجـدنا أحد الثـوبين أوسع من الآخر فأقرعنا عليهما ثم كفنا كل واحد فى الثوب الذى صار له(*)، وتشاح الناس يوم القادسية فى الأذان فأقـرع بينهم سـعد(٣٥)، وأجمع العلماء على اسـتعمالها فى القـسمة، ولا أعلم بينهم خلافًا فى أن الـرجل يقرع بين نسائه إذا أراد السفـر بإحداهن، وإذا أراد البداية بالقسـمة بينهن وبين الأولياء إذا تساووا وتشـاحوا فيمن يتولى التزويج أو من يتـولى استيفاء القـصاص وأشباه هذا.

اثنان اشتـركا فى العشرة، وقال النـخعى: يعتق أيهمـا شاء، وقال أبو حنيفة: لا يـعتق واحد منهما، لأنه لا أول فيهما، لأن كل واحد منهما مساو للآخر ومن شرط الأولية سبق الأول.

ولنا: أن هذين لم يسبقهما غيرهما فكانا أول كالواحد وليس من شرط الأول أن يأتى بعده ثان بدليل ما لو ملك واحـدًا ولم يملك بعده شيئًا، وإذا وجـدت الصفة فيـهما فإما أن يعـتقا جميعًـا أو يعتق أحدهما وتعينه القـرعة على ما نذكره، وكذلك الحكم فيـما إذا قال أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين خرجا معًا.

32- مـسـألة: (وإن قال: آخر مملوك أشـتريه فهو حر فملك عبـيدًا لم يعتق واحد منهم حتى يموت).

لأنه ما دام حيًا فإنه يحـتمل أن يشترى عبدًا يكون هو الآخر فإذا مـات عتق آخرهم وتبينا

---

(٣١) تقدم برقم (١٣٠) مسألة (١١٢٧). (٣٢) تقدم برقم ٩/ مسألة (٦٣١).

(٣٣) أخرجه البخـارى فى «الشركة» (٥/ ح٢٤٩٣/ فتح) والترمذى فى «الـعتق» (٤/ ح٢١٧٣) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ٢٦٨، ٢٧٠).

(٣٤) تقدم برقم (ج١/ ٥٤٣).

(*) أخرجه أحمد فى «مسنده» (١/ ١٥٦) وقال الشيخ أحمد شاكر: إسناده صحيح.

(٣٥) أخرجـه البخارى فى «الأذان» (٢/ ص١١٤) مـعلقًا، وقال ابن حـجر: أخرجـه البيـهقى فى «السنن» (٤٢٨/١) من طريق أبى عبـيد عن هشيم عن عبـد الله بن شبرمة قـال... فذكره. قال ابن حـجر: وهذا منقطع، وهو كمـا قال، وقال ابن حجر: وقـد وصله سيف بن عمر فى (الفـتوح) والطبرى من طريقه عنـه عن عبد الله بن شـبرمة عـن شقيق، وهو أبو وائل قـال: افتـتحنا القادسـية صـدر النهار فتراجعنا وقد أصيب المؤذن... فذكره، وزاد فخرجت القرعة لرجل منهم فأذن. اهـ.

فـصل: فى كيفية القرعة، قال أحمد: قال سعيد بن جبير يقرع بينهم بالخواتيم أقرع بين اثنين فى ثوب فأخرج خاتم هذا وخاتم هذا، ثم قـال: يخرجون بالخواتيم ثم تدفع إلى رجل فيخرج مـنها واحداً قال أحمد: بأى شىء خـرجت مما يتفقان عليـه وقع الحكم به سواء كان رقاعًا أو خواتيم، قال أصحابنا المتأخرون: الأولى أن يقطع رقاعًا صغاراً متساوية ثم تلقى فى حجر رجل لم يحـضر أو يغطى عليها بثوب ثم يقـال له: أدخل يدك فأخرج بندقية فينفـضها ويعلم ما فيها وهذا قول الشافعى، وفى كيفية القرعة والعتق ست مسائل:

أحـــدها: أن يعتق عدداً من العـبيد لهم ثلث صحيح كثـلاثة أو ستة أو تسعة وقيـمتهم متسـاوية ولا مال له غيرهم فيـخرجون ثلاثة أجزاء جزءاً للحـرية وجزأين للرق وتكتب ثلاث رقـاع فى واحدة حـرية وفى اثنين رق ويتـرك فى ثلاثة بنادق وتغطى بثـوب ويقـال لرجل لم يحضر: اخرج على اسم هذا الجزء، فإن خـرجت قرعة الحرية عتق ورق الجزآن الآخران وإن خرجت قرعة رق رق وأخـرجت أخرى على جزء آخر، فإن خرجت رقـعت الحرية عتق ورق الجزء الثالث، وإن خرجت قرعة الرق رق وعتق الجزء الثالث، لأن الحرية تعينت فيهم، وإن شئت كتـبت اسم كل جزء فى رقعة ثم أخرجت رقـعة على الحرية، فإذا خـرجت رقعة على الحرية عتق المـسمون فيها ورق الباقـون، وإن خرجت رقعة على الرق رق المسمـون فيها ثم تخرج أخـرى على الرق فيرق المـسمون فيـها ويعتق الجـزء الثالث وإن أخرجت الثـانية على الحرية عتق المسمون فيها دون الثالث.

أنه كان حرّا حين ملكه فتكون أكسـابه له، وإن كان أمة كان أولادها أحراراً من حين ولدتهم، لأنهم أولاد حرة، وإن كان وطئـها فعليه مهرها، لأنه وَطئَ حـرة أجنبية ولا يحل له أن يطأها إذا اشتراها حـتى يشترى بعدها غيرها، لأنه مـا لم يشترى بعدها غيرها فـهى آخر فى الحال، وإنما يزول ذلك بشراء غـيرها فوجب أن يحرم الوطء، وإن اشترى اثنين دفـعة واحدة ثم مات فالحكم فى عتقهما كالحكم فيما إذا ملك فى الفصل الذى قبله.

فـــصل: إذا قال: أول ولد تلدينه فهـو حر فولدت اثنين وأشكل أولهما خـروجًا أخرج بالقرعة كالتى قبلها، فإن علم أولهمـا خروجًا عتق وحده وهو قول مالك والثورى وأبى هاشم والشافعى وابن المنذر، وقال الحسن والشعبى وقتادة: إذا ولدت ولدين فى بطن فهما حران.

ولنا: أنه إنما أعـتق الأول والذى خرج سابقًـا هو الأول من المولودين فاخـتص العتق به فهو كما لو ولدتهما فى بطنين، فإن ولدت الأول ميتًا والثانى حيّا فذكر الشريـف أنه يعتق الحى منهمـا، وبه قال أبو حنيفـة وقال أبو يوسف ومحـمد والشافـعى: لا يعتق واحد منهـما وهو الصحيح قاله شيخنا، لأن شرط العتق إنما وجـد فى الميت وليس محلاً للعتق فانحلت اليمين به وإنما قلنا: إن شرط العتق وجد فيه، لأنه أول ولد بدليل أنه إذا قال لأمته: إذا ولدت فأنت حرة فولدت ولداً ميتًا عتقت، ووجه الأول أن العتـق يستحيل فى الميت فتعلقت اليمين بالحى

المسـألة الثانـية: أن تمكن قسمتهم أثلاثًا وقيمتهم مخـتلفة يمكن تعديلهم بالقيمة كستة، قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف، وقيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين ألف ألف فيجعل الاثنين الأوسطين جزءًا ويجعل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع الآخر قيمته ألف جزءًا والآخران جزء فيكونون ثلاثة أجزاء مـتساوية فى العدد والقـيمة على ما قـدمناه فى المسألة الأولى، قيل لأحـمد: لم يستووا فى القيمة؟ قال: يقومون بالثمن.

المسـألة الـثالثة: يكونون متسـاوين فى العدد مختلفين فى القيـمة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد والقيـمة معًا ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهـما منفردًا كستة أعبـد، قيمة أحدهم ألف، وقيمـة اثنين ألف وقيمة ثلاثة ألف فإنهم يعدلون بالقيـمة دون العدد، نص عليه أحمد، وقـال: إذا كانت قيمة واحـد مثل اثنين قوم، لأنه لا يجوز أن يقع العـتق فى أكثر من الثلث ولا أقل، وفى قسـمتهم بالعـدد تكرار القرعة وتبـعيض العتق حـتى يكمل الثلث فكان التعديل بالقيمة أولى، بيان ذلك أننا لو جعلنا الذى قيمته ألف آخر فخرجت قرعة الحرية لهما احتجنا أن نعيد القرعة بينهما، فإذا خرجت على القليل القيمة عتق وأعتق من الذى قيمته ألف تمام الثلث.

وإن وقعت قرعـة الحرية على اثنين قيمتهـما دون الثلث عتقا ثم أعـيدت لتكميل الثلث، فإذا وقـعت على واحد كـملت الحرية مـنه فحصـل ما ذكرناه من الـتبعـيض والتكرار، ولأن قسمتهم بين المشتركين فيهم إنما يعدلون فيها بالقيمة دون الأجزاء فعلى هذا يجعل الذى قيمته

كما لو قـال: إن ضربت فلانًا فعبـدى حر فضربه حيّـا عتق، وإن ضربه ميـتًا لم يعتق، ولأنه معلوم من طريق العادة أنه قصد عقد يمينه على ولد يصح العـتق فيه وهو أن يكون حيّا فتصير الحياة مشروطة فيه فكأنه قال: أول ولد تلدينه حيّا.

فـــصل: فإن قال لأمتـه: كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدته فى قـول جمهور العلماء، منهـم مالك والأوزاعى والليث والثورى والشـافعى، قال ابن الـمنذر: لا أحفظ عنه غيرهم خلافهم، فإن باع الأم ثم ولدت لم يعتق ولدها، لأنها ولدتهم بعد زوال ملكه.

33- مـــسـألة: (فإن قال لأمـته: آخر ولد تلدينه فـهو حر فولدت حـيّا ثم ميتًـا لم يعتق الأول).

لأنه لم يوجد شرط عـتقه وعلى قياس قـول الشريف وأبى حنيفة فيـما إذا قال: أول ولد تلدينه فهو حـر فولدت ميتًـا ثم حيّا يعتق الحى، وإن ولدت ميـتًا ثم حيّا عـتق الثانى لوجود شرطه، وإن ولدت توأمين فـأشكل الآخر منهما، فإن أحـدهما استحق العتـق ولم يعتق بعينه فوجب إخراجه بالقرعة وسيأتى ذلك إن شاء الله تعالى.

34- مـسألة: (ولا يتبع ولد المعتقة بالصفة أمه فى العتق فى أصح الوجهين إلا أن تكون حاملاً به حال عتقها أو حال تعليق عتقها).

ألف جزءًا والاثنين اللذيْـن قيمتـهما ألف جـزءًا والثلاثة الباقـين جزءًا ثم يقرع بـينهم على ما ذكرنا.

المسـألة الرابعة: أمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد كسبعة، قيمة أحدهم ألف وقيمة اثنين ألف وقيمة أربعة ألف فيعدلون بالقيمة دون العدد كما ذكرنا.

المسـألة الخامـسة: أمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة كستـة أعبد، قيمة اثنين ألف وقيمة اثنين سبعمائة، وقـيمة اثنين خمسمائة، فهـهنا نجزئهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيـمة فيجعل كل اثنين جزءًا ويضم كل واحـد ممن قيمـتهما قليلة إلى واحد مـمن قيمتـهما كثـيرة ويجعل المتوسطين جزءًا ويقرع بينهم، فإن وقعت قرعة الحرية على جزء قيمته أكثر من الثلث أعيدت القرعة بينهما فيعتق من تقع له قرعة الحـرية ويعتق من الآخر تتمة الثلث ورق باقيه والباقون، وإن وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا جميعًا ثم يكمل الثلث من الباقين بالقرعة.

المسـألة السـادسة: لم يكن تعديلهم بالعدد ولا القيمة كخمـسة أعبد، قيمة أحدهم ألف واثنان ألف واثنان ثلاثة آلاف، احتـمل أن يجزئهم ثلاثة أجزاء فـيجعل أحـدهم أكثرهم قيـمة جزءًا ويضم إلى الثاني كثير القيمة أقل الباقين قـيمة ويجعلهما جزءًا والباقين جزءًا ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق لأن هذا أقرب إلى ما فـعله النبى ﷺ ويعدل الثلث بالقيمة على ما تقدم واحتـمل أن لا يجزئهم بل تخرج القرعـة على واحد واحد حتى يستـوفى الثلث فيكتب خمس رقاع بأسمائهم ثم يخـرج رقعة على الحرية فمن خرج اسمه فيهـا عتق ثم يخرج الثانية

إذا علق عتق أمة بصفـة وهى حامل تبعها ولدها فى ذلك، لأنه كعضو من أعـضائها فإن وضعتـه قبل وجود الصفة ثـم وجدت الصفة عتق، لأنه تابع فى الصـفة فأشبـه ما لو كان فى البطن وإن كانت حائلاً حـين التعليق ثم وجدت الصفة وهى حامل عـتقت هى وحملها، لأن العتق وجد فيها وهى حامل فتبعها ولـدها كالمنجز فإن حملت بعد التعليق وقبل وجود الصفة ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولد، لأن الصفة لم تتـعلق به فى حال التعليق، وفيه وجه آخر أنه يتبعها فى العـتق لا فى الصفة، فإذًا ولم توجد فيها لم توجد فـيه بخلاف ولد المدبرة فإنه يتبعها فى التدبير وإذا بطل فيها بقى فيه.

35- مـسـألة: (وإذا قال لعبده: أنت حـر وعليك ألف أو على ألف عتق ولا شىء عليه، وعنه إن لم يقبـل لم يعـتق) إذا قال لعـبده: أنت حر وعليك ألف عـتق ولا شىء عليه، لأنه أعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضًا لم يقبله فعتق، ولم يلزمه الألف هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا، ونقل جعـفر بن محمد قال: سمعت أبا عبـد الله قيل له: إذا قال: أنت حر وعليك ألف درهم فقال: جيـد، قيل له: فإن لم يرض العبد قال: لا يعـتق إنما قال له على أن يؤدى إليه ألفًـا، فإن لم يؤد فلا شىء، فـإن قال: أنت حر على ألف فكذلك فى إحـدى الروايتين، لأن على ليست من أدوات الشرط ولا البدل فأشبه قوله وعليك ألف، **والثانية:** إن قبل العتق

فمن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث وإن كانوا ثمانية قيمتهم سواء ففيهم ثلاثة أوجه: **أحدها:** أن يكتب ثمانية رقاع بأسمائهم ثم يخرج على الحرية رقعة بعد أخرى حتى يستوفى الثلث، **والثاني:** أن يجزئهم أربعة أجزاء ثم يقرع بينهم سهم حرية وثلاثة رق فمن خرج له سهم الحرية عتق ثم يقرع بين الستة بسهم حرية وسهمى رق فمن خرج له سهم الحرية أعيدت بينهما فمن خرج له سهم الحرية كمل الثلث منه، **والثالث:** أن يجزئهم ثلاثة أجزاء ثلاثة وثلاثة واثنان ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق، فإن خرج سهم الحرية للاثنين عتقا وكمل الثلث بالقرعة من الباقين، وإن خرجت لثلاثة أقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق، ذكر هذين الوجهين الآخرين أبو الخطاب وروى عن أحمد فى خمسة أو أربعة يجعل أكثرهم قيمة مكان اثنين إن كانا قيمته وإلا أقرع بين ثلاثة قيمتهم واحدة ثم يقرع بين الذى بقى والذى تصيبه القرعة ينظر ما بقى من قيمته من الثلث فيعتق حصته فإن كان جميع ماله عبدين أقرعنا بينهما بسهم حرية وسهم رق على كل حال.

فصل: وإن كان للمعتق مال غير العبد مثلاً قيمة العبيد أو أكثر عتق العبيد كلهم لخروجهم من الثلث، وإن كان أقل من مثليهم عتق من العبد قدر ثلث المال كله، فإذا كان العبيد كلهم نصف المال عتق ثلثاهم، وإن كانا ثلثى المال عتق نصفهم، وإن كانوا ثلاثة أرباعه عتق أربعة أتساعهم، وطريقه أن تضرب قيمة العبد فى ثلاثة ثم تنسب إليه مبلغ التركة فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها، فإذا كان قيمة العبد ألفًا وباقى التركة ألف ضربت قيمة العبد فى ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب إليها الألفين تكن ثلثيها فيعتق ثلثاهم، وإن كان قيمة العبد ثلاثة آلاف وباقى التركة ألف ضربت قيمتهم فى ثلاثة تكن تسعة آلاف وتنسب إليها التركة كلها تكن أربعة أتساعها، وإن كان قيمتهم أربعة آلاف وباقى التركة ألف ضربت قيمتهم فى ثلاثة تكن اثنى عشر ألفًا ونسبت إليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها فيعتق من العبيد ربعهم وسدسهم.

فصل: وإن كان على الميت دين يحيط بالتركة لم يعتق منهم شيء، وإن كان يحيط

عتق ولزمته الألف، وإن لم يقبل لم يعتق، وهذا قول مالك والشافعى وأبى حنيفة وهذه الرواية هى الصحيحة، لأنه أعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله، كما لو قال: أنت حر بألف ولأن على تستعمل للشرط والعوض، قال الله تعالى: ﴿**قَالَ لَهُ مُوسَىٰ هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَىٰ أَن تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا**﴾ (الكهف: ٦٦) وقال: ﴿**فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا**﴾ (الكهف: ٩٤) وقال: ﴿**إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ**﴾ (القصص: ٢٧) ولو قال فى النكاح: زوجتك فلانة ابنتى على خمسمائة درهم وقال الآخر: قبلت صح النكاح ووجب الصداق.

36- مسألة: (وإن قال: على أن تخدمنى سنة فكذلك).

بعضها قدم الدين، لأن العتق وصية، وقد قضى رسول الله ﷺ أن الدين قبل الوصية(٣٦)، ولأن قضــاء الدين واجب وهذا تبرع، وتقــديم الواجب متــعين، وإن كان الديــن بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين وكـتبت رقعتان رقعة للدين ورقعة للتركـة وتخرج واحدة منهما على أحد الجزأين فمن خرجت عليه رقعة الدين بيع فيه وكان الباقى من جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة على ما تقدم، وإن كـان الدين بقدر ثلثهم كتـبت ثلاث رقاع رقعة للدين واثنتــان للتركة، وإن كان بقدر ربعــهم كتب أربع رقاع رقعــة للدين وثلاثة للتركة ثم يقرع بيــن من خرجت له رقاع التركة، وإن كتب رقعة للدين ورقعة للحرية ورقـعتان للتركة جاز، وقيل: لا يجوز لئلا تخرج رقعة الحرية قــبل قضاء الدين والأول أصح، لأنه إنما يمنع من العتق قــبل قضاء الدين إذا لم يكن له وفاء فأمــا إذا كان له وفاء لم يمنع منه بدليل ما لو كان الــعتق فى أقل من ثلث الباقى بعد وفاء الدين فإنه لا يمنع من العتق قبل وفائه.

فـصل: وإذا أعتق فى مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم أو واحدًا منهم غير معين فمات أحدهم أقــرعنا بين الميت والأحياء فــإن وقعت على الميت حـسبناه من التركة وقـومناه حين الإعتاق سواء مات فى حـياة سيده أو بعده قبل القرعة، وبهذا قـال الشافعى، وقال مالك: إن مات قبل موت سيده أقـرعنا بين الحيين، لأنهما جميع التركة، ولهــذا لا يعتق إلا ثلثهما ولا يعتبر الميت، لأنه ليس بمحسوب من التركة، ولأنه لو أعتق الحيين بعد موته لأعتقنا ثلثهما.

وقيل: إن لم يفعل لم يعتق، رواية واحدة فعلى هذا إذا قــبل العبد عتق فى الحال ولزمته خدمته سنة، وإن مات السيد قبل كمال لسنة رجع على العبد بقيمة ما بقى من الخدمة، وبهذا قال الشافعى وقــال أبو حنيفة: تقسط قيمة العـبد على خدمة السنة فيسقط منهــا بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقى من قيمته.

ولنا: أن العتق عقد لا يلحقه الفسخ فإذا تعذر فيه استيفاء العوض رجع إلى قيمته كالخلع فى النكاح والصلح فى دم العبد فإذا قال: أنت حر علــى أن تعطينى ألفًا فالصحيح أنه لا يعتق حتى يقبل فإذا قــبل عتق ولزمه الألف فأما إن قال: أنت حر بألف لم يعــتق حتى يقبل ويلزمه الألف.

فصل: قال ﷺ: **وإذا قال كل مملوك لى حر عتق عليه مكاتبوه ومدبروه وأمهات أولاده وشقص يملكه.**

لأن اللفظ عام فيهم فـعتقوا كما لو عينهم، وذكــر ابن أبى موسى فى الإرشاد أن الشقص لا يعتق إلا أن ينويه، لأنه لا يملكه كله والأول المذهب.

37- مـسـألة: (وإن قال: أحد عَبْدَى حر أقرع بينهمــا فمن وقعت له القرعة فهو حر من حين أعتقه).

---

(٣٦) تقدم فى (ج٨/ ص٣٩٠).

ولنا: أن الميت أحد المعتقين فوجب أن يقرع بينه وبينهم كما لو مات بعد سيده، ولأن المقصود تكميل الأحكام وحصول ثواب العتق، ويحصل هذا فى الميت فوجب أن يدخل فى القرعة كما لو مات بعد سيده، فأما إن وقعت القرعة على الحى نظرنا فى الحى، فإن كان الميت مات قبل موت السيد أو بعده قبل قبض الوارث له لم نحسبه من التركة، لأنه لم يصل إلى الوارث فتكون التركة الحيين فيخرج ثلثهما ممن وقعت عليه القرعة وتعتبر قيمته حين الإعتاق، لأنه حين إتلافه وتعتبر قيمة التركة بأقل الأمرين من حين الموت إلى حين قبض الوارث، لأن الزيادة فائدة تجددت على ملك الوارث فلا تحسب عليه من التركة والنقصان قبل القبض لم يحصل له ولم ينتفع به فأشبه الشارد والآبق وإنما يحسب عليه ما حصل فى يده، ولا يحسب الميت من التركة، لأنه ما وصل إلى الورثة فيكمل ثلث الحيين ممن وقعت عليه القرعة، وإن كان موته بعد قبض الورثة حسب من التركة، لأنه وصل إليهم وجعلناه كالحى فى تقويمه معهم والحكم بإعتاقه إن وقعت عليه القرعة أو من الثلثين إن وقعت القرعة على غيره وتحسب قيمته أقل الأمرين من حين موت سيده إلى حين قبضه، ونحو هذا قال الشافعى.

فصل: وإن دبر الثلاثة أو وصى بعتقهم فمات أحدهم فى حياته بطل تدبيره والوصية فيه وأقرع بين الحيين فأعتق من أحدهما ثلثهما، لأن الميت لا يمكن الحكم بوقوع العتق فيه لكونه مات قبل الوقت الذى يعتق فيه وقبل أن يتحقق شرط العتق بخلاف التى قبلها، فإن العتق حصل من حين الإعتاق وإنماء القرعة تبينه وتكشفه، ولهذا يحكم بعتقه من حين الإعتاق حتى يكون كسبه له وحكمه حكم الأحرار فى سائر أحواله، وإن مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الأحياء، لأنه قد حصل العتق من حين موت السيد.

١٩٥٨- **مسألة:** قال: **(ولو قال لهم فى مرض موته أحدكم حر أو كلكم حر ومات فكذلك)**.

أما إذا قال لهم: كلكم حر فهى المسألة التى تقدمت وشرحناها، وأما إذا قال: أحدكم حر فإنه يقرع بينهم فيخرج أحدهم بالقرعة فيعتق ويرق الباقون، وسواء كان للميت مال سواهم أو لم يكن إذا كان يخرج من الثلث، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث، ولو كان المعتق حيًّا ولم ينو واحدًا بعينه لم يكن له التعيين وأعتق أحدهم بالقرعة، وإن قال: إذا قال: أحد عَبْدَىَّ حر ولم ينو واحدًا بعينه عتق أحدهما بالقرعة وليس للسيد التعيين ولا للوارث بعده، فإن قال أردت هذا بعينه قبل منه وعتق، لأن ذلك إنما يعرف من جهته، وقال أبو حنيفة والشافعى: للمعتق التعيين ويطالب بذلك فيعتق من عينه، وإن لم يكن نواه حالة القول وإذا عتق بتعيينه فليس لسائر العبيد الاعتراض عليه، لأن له تعيين العتق ابتداء فإذا أوقعه غير معين كان له تعيينه كالطلاق.

أردت واحدًا منهم بعينه لم يقبل منه وتـعينت الحرية فيه، وقال أبو حنيفة والشـافعى له تعيين أحدهم فـيعتق من عـينه وإن لم يكن نواه حالة القـول، ويطالب المعتق بالتـعيين، فـإذا عين أحدهم تعين حسب اختـياره ولم يكن لسائر العبيد الاعتراض عليـه، لأن له تعيين العتق ابتداء فإذا أوقعه غير معين كان له تعيينه كالطلاق.

ولنا: أن مستـحق العتق غير معين فلم يملك تعـيينه كما لو أعتق الجمـيع فى مرضه ولم يخرجوا من الثلث، وكما لو أعتق معينًا ثم نسيـه والطلاق كمسألتنا، فأما إن مات المعتق ولم يعين فـالحكم عندنا لا يختلف وليس لـلورثة التعيـين بل يخرج المعـتق بالقرعـة، وقد نص الشافعية على هذا إذا قالوا: لا ندرى أيهم أعتق، وقال أبو حنيفة: لهم التعيين، لأنهم يقومون مقام موروثهم وقد سبق الكلام فى المعتق.

فــصل: ولو أعتق إحدى إمـائه ثم وطئ إحداهن لم يتعين الرق فـيها، وبهذا قـال أبو حنيفة، وقـال الشافعى: يتعـين الرق فيها، لأن الحـرية عنده تتعين بتعـيينه ووطؤه دليل على تعيينه، وقد سبق الكلام على هذا الأصل، ولأن المعتقة واحدة فلم تتعين بالوطء كما لو أعتق واحدة ثم نسيها.

فصل: وإذا أعتق واحدًا بعينه ونسيه فقياس قول أحمد أن يعتق أحدهم بالقرعة وهذا قول الليث، وقال الشافعى: يقف الأمر حتى يذكر، فإن مات قبل أن يتبين أقرع الورثة بينهم، وقال ابن وهب: يعتـقون كلهم، وقال مـالك: إن أعتق عبـدًا له ومات ولم يبين فـكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم، وإن كانوا أربعـة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم، وعلى هذا فـيقرع بينهم، فإن خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى تكمل، وقال أصحاب الرأى: إن قال الشهود نشهد أن فلانًا أعتق أحد عبيده ولم يسم عتق ثلث كل واحد منهم، وسعى فى باقيـه أو ربع كل واحد منهم إن كـانوا أربعة، وإن قالوا: نشـهد أن فلانـًا أعتق بعض عبـيده ونسيناه فـشهادتهم باطلة، ونحـو هذا قول الشعـبى والأوزاعى، ولم يذكرا ما ذكره أصـحاب الرأى فى الشهادة.

ولنا: أن مستحق العـتق غير مبين فأشبـه ما لو أعتق جميعهم فى مـرض موته، فإن أقرع بينهم فخرجت القرعة لواحد ثم قال المعتق: ذكرت أن المعتق غيره ففيه وجهان:

ولنا: أن مستحق العتق غـير معين فلم يملك تعيينه ووجب أن يميز بالقـرعة كما لو أعتق الجميع فى مـرضه ولم يخرجوا من الثلث، وكما لو أعـتق معينًا ثم نسيه والطلاق كـمسألتنا، فإن مات المعـتق ولم يعين فالحكم عندنا لا يختلف، وليس للورثة التعيـين بل يخرج المعتق بالقرعـة، وقد نص الشافعى على هذا إذا قـالوا: لا ندرى أيهم أعتق، وقال أبو حنيـفة: لهم التعيين، لأنهم يقومـون مقام موروثهم وقد سبق الكلام فى المعتق وقـوله من حين أعتقه يريد أن العبد إن كان اكتسب مالاً بعد العتق فهو له دون سيده لأنا تبينا أنه اكتسبه فى حال الحرية.

أحدهــما: يرد الأول إلى الرق ويعتق الذى عينه، لأنه تبين له المعتق فعتق دون غيره كما لو لم يقرع.

والثاني: يعتقان معًا، وهو قول الليث ومقتضى قول ابن حامد لأن الأول ثبتت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الأحرار، ولأن قول المعــتق ذكرت من كنت نسيته يتضمن إقرارًا عليه بحرية من ذكره وإقرارًا على غيره فقبل إقراره على نفسه ولم يقبل على غيره، وأما إذا لم يقرع فإنه يقبل قوله فيعتق من عينه ويرق غيــره، فإذا قال: أعتقت هذا عتق ورق الباقون، وإن قال: أعتقت هذا لا بل هذا عتقــا جميعًا، لأنه أقر بعتق الأول فلزمه ثم أقــر بعتق الثانى فلزمه ولم يقبل رجوعه عن إقراره الأول فكذلك الحكم فى إقرار الوارث.

١٩٥٩- مسألة: قال: **(وإذا ملك نصف عبد فدبره أو أعتقه فى مرض موته فعتق بموته وكان ثلث مـاله يفى بقيــمة النصف الذى لـشريكه أعطى وكــان كله حرّا فى إحدى الـروايتين والأخرى لا يعتق إلا حصته وإن حمل ثلث ماله قيمة حصة شريكه)**.

وجـملتـه: أنه إذا ملك شقصًا من عبد فأعتــقه فى مرض موته أو دبره أو وصى بعتقه ثم مات ولم يف ثلث ماله بقــيمة نصيب الشريك لــم يعتق إلا نصيبه فــلا خلاف نعلمه بين أهل العلم إلا قــولاً شاذّا أو قــول من يرى السـعــاية، وذلك أنه ليس له من مــاله إلا الثلث الذى استغرقته قيمة الشقص فيبقى معسرًا بمنزلة من أعتق فى صحته شقصًا وهو معسر، فأما إن كان ثلث ماله يفى بقيمة حصة شريكه ففيه روايتان:

إحداهما: يسرى إلى نصيب الشريك فيعتق العبد جميعه، ويعطى الشريك قيمة نصيبه من ثلثه، لأن ثلث المال للمعتق والملك فيه تام وله التصرف فــيه بالتبرع والإعتاق وغيره، فجرى مجرى مال الصحيح فيسرى عتقه كسراية عتق الصحيح الموسر، **والرواية الثـانية:** لا يعتق إلا حصــته، لأنه بمــوته يزول ملكه إلى ورثتــه فلا يبــقى شىء يقضى منه الـشريك، وبهــذا قال الأوزاعى، لأن الميت لا يضار.

وقال القاضى: ما أعــتقه فى مرض موته سرى، وما دبره أو وصى بعتــقه لم يسر، وقال: الرواية فى سراية العتق حــال الحياة أصح، والرواية فى وقوفه فى التــدبير أصح، وهذا مذهب الشافعى، لأن العتق فى الحــياة ينفذ فى حال ملك المعتق، وصحة تصــرفه، وتصرفه فى ثلثه كتصرف الصحــيح فى جميع ماله، وأما التدبير والوصية فــإنما يحصل العتق به فى حال يزول ملك المعتق وتصرفاته، والله أعلم.

١٩٦٠- مسألة: قال: **(وكذلك الحكم إذا دبر بعضه وهو مالك لكله)**.

فــصل: ولو أعتق إحدى إمائه غير معينة ثم وطــئ إحداهن لم يتعين الرق فيها، وبه قال أبو حنيفة وقــال الشافعى: يتعين الرق فيــها، لأن الحرية عنده تتعين بتـعيينه ووطؤه دليل على تعيينه وقد سبق الكلام معه.

وجملته: أنه إذا دبر بعض عبده، وهو أن يقول: إذا مت فنصف عبدى حر ثم مات، فإن كان النصف المدبر ثلـث ماله من غير زيادة ولم يسر، لأنه لو دبره كله لم يـعتق منه إلا ثلثه، فإذا لم يدبـر إلا ثلثه كان أولى، وإن كـان العبـد كله يخرج من الثلث، فـفى تكميل الـحرية روايتـان: **إحـداهمـا:** تكمل، وهو قول أكثر الفقهاء، لأن أبا حـنيفة وأصحابه يرون التدبير كالإعتاق فى السراية، وهو أحد قولى الشافعى، لأنه إعتاق لبعض عبده، فعتق جميعه كما لو أعتقـه فى حياته، **والرواية الثـانية:** لا يكمل العتق فيه، لأنه لا يمنع جـواز البيع، فلا يسرى كتعليقه بالصفة.

فـصل: فأما إن أعتق بعض عبده فى مرضه فـهو كعتق جميعه، إن خرج من الثلث عتق جمـيعه وإلا عـتق منه بقدر الثلث، لأن الإعـتاق فى المرض كـالإعتاق فى الصـحة، إلا فى اعتبـاره من الثلث، وتصرف المريض فى ثلثه فى حق الأجنبـى كتصرف الصحـيح فى جميع ماله، كما لو أعتق شركًا له فى عبدل، وثلثه يحتمل جميعه، وعنه لا يعتق منه إلا ما عتق.

فـصل: وإذا دبر أحد الشريكين حصته صح، ولم يلزمه فى الحال لشريكه شىء، وهذا قول الشافعى، فإذا مات عتق الجزء الذى دبره إذا خرج من ثلث ماله، وفى سرايته إلى نصيب الشريك ما ذكـرنا فى المسألة وقبلهـا، وقال مالك: إذا دبر نصيــبه تقاوماه، فـإن صار للمدبر صار مدبرًا كله، وإن صار للآخر صار رقيقًا كله.

وقال الليث: يغرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه ويصير العبد كله مدبرًا، فإن لم يكن له مال سعى العبـد فى قيمة نصيب الشـريك، فإذا أداها صار مدبرًا كله، وقال أبو يوسـف ومـحمد: يضمن المدبر للشريك قيمة حقه موسرًا كان أو معسرًا ويصير المدبر له.

وقال أبو حنيفة: الشريك بالخيار، إن شاء دبر، وإن شـاء أعتق وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء ضمن صاحبه وإن كان موسرًا.

ولنا: أنه تعليق للعتق على صفة، فصح فى نصيبه، كما لو علقه بموت شريكه.

١٩٦١- مـسـألة: قـال: **(ولو أعتقـهم وثلثه يحتـملهم فأعتقناهم ثم ظهـر عليه دين يستغرقهم بعناهم فى دينه)**.

38- مـسـألة: (وإن مات أحـد العبدين أقـرع بينه وبين الحى، فإن وقـعت على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الإعتاق سواء مات فى حياة سيده أو بعده قبل القرعة).

وبهذا قال الشافعى، وقال مالك: إن مات قبل مـوت سيده فالحى جميع التركة ولا يعتق إلا ثلثه ولا يعـتبر الميت، لأنه ليس بمـحسوب من التـركة، ولهذا لو أعتق الحى بعـد موته لأعتقنا ثلثه.

ولنا: أن الميت أحد المـعتقين فوجب أن يقـرع بينه وبين الحى كما لو مات بعـد سيده، ولأن المقصود من العـتق تحصيل ثوابه وهو يحصل فى حق الميت فيـدخل فى القرعة كالذى

وجملته: أن المريض إذا أعتق عبيده فى المرض أو دبرهم أو وصى بعتقهم ومات ثم ظهر عليه دين وهم يخرجون من ثلثه فى الظاهر فأعتقناهم، ثم ظهر عليه دين يستغرق التركة تبينا بطلان عتقهم وبقاء رقهم فيباعون فى الدين، ويكون عتقهم وصية، والدين مقدم على الوصية، ولهذا قال على رضي الله عنه: إن رسول الله ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية (٣٧)، ولأن الدين، مقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا تباع التركة فى قضاء الدين، وقد قال الله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ (النساء: ١٢) والميراث مقدم على الوصية فى الثلثين فما تقدم على الميراث يجب أن يقدم على الوصية، وبهذا قال الشافعى، ورد ابن أبى ليلى عبدًا أعتقه سيده عند الموت وعليه دين، قال أحمد: أحسن ابن أبى ليلى.

وذكر أبو الخطاب عن أحمد رواية فى الذى يعتق عبده فى مرضه، وعليه دين أنه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقى، وقال قتادة، وأبو حنيفة، وإسحاق: العبد فى قيمته.

ولنا: أنه تبرع فى مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث فقدم عليه الدين كالهبة، ولأنه يعتبر من الثلث فقدم عليه الدين كالوصية وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ولهذا يملك الغريم استيفاءه، فعلى هذا تبين أنه أعتقهم وقد استحقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه كما لو أعتق ملك غيره، فإن قال الورثة نحن نقضى الدين ونمضى العتق ففيه وجهان:

أحدهما: لا ينفذ حتى يبتدئوا العتق لأن الدين كان مانعًا منه فيكون باطلاً ولا يصح بزوال المانع بعده، **والثانى:** ينفذ العتق، لأن المانع منه إنما هو الدين، فإذا سقط وجب نفوذه كما لو أسقط الورثة حقوقهم من ثلثى التركة، نفذ العتق فى الجميع، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين، وقالوا إن أصل الوجهين إذا تصرف الورثة فى التركة ببيع أو غيره وعلى الميت دين وقضى الدين هل ينفذ؟ فيه وجهان.

فصل: فإن أعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فأقرع الورثة فأعتقوا واحدًا وأرقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ففيه وجهان: **أحدهما:** تبطل القرعة لأن الدين شريك فى الإقراع، فإذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة، كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث.

مات بعد سيده، فعلى هذا إن خرجت القرعة على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الإعتاق، لأنه حين الإتلاف، وإن وقعت على الحى نظرت فى الميت، فإن كان موته قبل موت سيده أو بعده قبل قبض الوارث له لم نحسبه من التركة، لأنه لم يصل إلى الوارث فتكون التركة الحى وحده فيعتق ثلثه، وتعتبر قيمته حين الإعتاق، لأنه حين إتلافه وتعتبر قيمة التركة بأقل الأمرين من حين الموت إلى حين قبض الوارث، لأن الزيادة تجددت على ملك الوارث فلم تحسب عليه من التركة والنقصان قبل القبض فلم يحصل له فأشبه الشارد والآبق،

---

(٣٧) انظر الحديث السابق برقم (٣٦).

الثانى: يصح الإقراع، لأنه لا يمكن إمضاء القسمة وإفراد حصة الدين من كل واحد من النصيبيـن، لأن القرعة دخلت لأجل العتق دون الدين فيقـال للورثة: اقضوا ثلثى الدين، وهو بقدر قيمـة نصف العبدين اللذيْن بقيا إمـا من العبيد وإما من غيـرهم، ويجب رد نصف العبد الذى عتق إذا كان الذى أعتق عـبدين أقرعنا بينهما، فإذا خرجت القـرعة على أحدهما، فكان بقدر سدس التركـة عتق وبيع الآخر فى الدين، وإن كان أكثر عـتق منه بقدر السدس وإن كان أقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس.

١٩٦٢- مسألة: قال: **(ولو أعتقهم وهم ثلاثة فأعتقنا منهم واحدًا لعجز ثلثه عن أكثر منه ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم)**.

وجملته: أنه إذا أعتق ثلاثة فى مرضه لم يعرف له مال غيرهم أو دبرهم أو وصى بعتقهم لم يعتق منهم إلا ثلثهم ويرق الثلثان إذا لم يجز الورثة عتقهم، فإذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر مثليهم تبينا أنهم قد عتقوا من حـين أعتقهم أو من حين موته إن كان دبرهم، لأن التدبير وتصرف المريض فى ثلث ماله جائز نافذ، وقد بان أنهم ثلث ماله، وخفاء ذلك علينا لا يمنع كونه مـوجودًا فلا يمنع كـون العتق واقعًا، فـعلى هذا يكون حكمهم حكم الأحـرار من حين أعتقهم فيكون كسبهم لهم، وإن كانوا قـد تصرف فيهم ببيع أو هبة أو رهن أو تزويج بغير إذن كان ذلك باطلاً، وإن كانوا قد تصرفوا فحكم تـصرفهم حكم تصرف الأحرار، فلو تزوج عبد منهم بغير إذن سيده كـان نكاحه صحيحًا والمهر عليه واجب، وإن ظهر له مـال بقدر قيمتهم عتق ثلثاهم، لأنهما ثلث جميع المال فيـقرع بين الاثنين اللذين أوقفناهما فيعتق أحدهما ويرق الآخر إن كانا متساويين فى القيمة، وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم، وإن كان بقدر ثلثهم عتق أربعة أتساعهم، وكلما ظهر له مال عتق من العبدين اللذين رقا بقدر ثلثه.

فصل: وإذا وصى بعتق عبد له يخرج من ثلثـه وجب على الوصى إعتاقه، فإن أوصى بذلك ورثته لزمـهم إعتاقـه، فإن امتنعوا أجـبرهم السلطان، فإن أصـروا على الامتناع أعتـقه السلطان أو من ينوب منابه كالـحاكم، لأن هذا حق لله تعالى وللعبـد، ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه أو نائبه كالزكاة والديون، فإذا أعتقـه الوارث أو السلطان عتق وما اكتسبه فى

وإنما يحسب عليه ما حصل فى يديه ولا يحـسب الميت من التركة، لأنه وصل إليهم وجعلناه كالحى فى تقويمه معه والحكم بإعتاقه، إن وقعت القرعة عليه أو من الثلثين إن وقعت القرعة على غيره، وتحسب قيمته أقل الأمرين من حين موت سيده إلى حين قبضه.

فصل: فإن دبر ثلاثة أعبد أو وصى بعتقهم فمات أحدهم فى حياته بطل تدبيره والوصية فيه وأقرع بين الحيين وأعتق من أحدهما ثلثـهما، لأن الميت لا يمكن الحكم بوقوع العتق فيه لكونه مات قبل الوقت الذى يعتق فيه، وقبل تحـقق شرط العتق بخلاف التى قبلها، فإن العتق حصل من حين الإعـتاق، وإنما القرعـة تبينه وتكشفه، ولهـذا يحكم بعتقه من حـين الإعتاق

حياة الموصى فهو للموصى يكون من جملة تركته إن بقى بعده، لأنه كسب عبده القن وما كسبه بعد موته وقبل إعتاقه فهو للوارث، وقال القاضى: هو للعبد، لأنه كسبه بعد استقرار سبب العتق فيه فكان له ككسب المكاتب، وقال بعض أصحاب الشافعى: فيه قولان مبنيان على القولين فى كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية.

ولنا: أنه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه وكالمعلق عتقه بصفة، وفارق المكاتب فإنه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده، ويبطل ما ذكروه بأم الولد، فإن عتقها قد استقر سببه فى حياة سيدها وكسبها له، والموصى به لا نسلمه وإن سلمناه فالفرق بينهما أن الموصى به قد تحقق فيه سبب الملك، وإنما وقف على شرط هو القبول، فإذا وجد الشرط استند الحكم إلى ابتداء السبب وفى الوصية وبالعتق ما وجد السبب، وإنما أوصى بإيجاده وهو العتق، فإذا وجد لم يجز أن يثبت حكمه سابقًا عليه، ولهذا يملك الموصى له أن يقبل بنفسه، وهاهنا لا يملك العبد أن يعتق نفسه، وإن مات العبد بعد تمام موت سيده وقبل إعتاقه فما كسبه للورثة على قولنا ولا أعلم قول من خالفنا فيه.

فصل: فإن علق عتق عبده على شرط فى صحته فوجد فى مرضه اعتبر خروجه من الثلث قاله أبو بكر، قال: وقد نص أحمد على مثل هذا فى الطلاق، وقال أبو الخطاب: فيه وجه آخر أنه يعتق من رأس المال وهو مذهب الشافعى، لأنه لا يتهم فيه فأشبه العتق فى صحته.

ولنا: أنه عتق فى حال تعلق حق الورثة بثلثى ماله فاعتبر من الثلث كالمنجز، وقولهم لا يتهم فيه قلنا: وكذلك العتق المنجز لا يتهم فيه، فإن الإنسان لا يتهم بمحاباة غير الوارث وتقديمه على وارثه، وإنما منع منه لما فيه من الضرر بالورثة وهذا حاصل هاهنا، ولو قال: إذا قدم زيد وأنا مريض فأنت حر فقدم وهو مريض كان معتبرًا من الثلث وجهًا واحدًا.

فصل: وإذا أعتق عبدًا وله مال فماله لسيده، روى هذا عن ابن مسعود وأبى أيوب وأنس ابن مالك(٣٨)، وبه قال قتادة والحكم والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، وروى ذلك عن

ويكون كسبه له وحكمه حكم الأحرار فى سائر أحواله، وإن مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الأحياء، لأن العتق حصل من حين موت السيد.

39- مسألة: (وإن أعتق عبدًا أو نسيه أخرج القرعة).

هذا قياس قول أحمد وهو قول الليث، وقال الشافعى: يقف الأمر حتى يذكر، فإن مات قبل أن يبين أقرع الورثة بينهم، وقال ابن وهب: يعتقون كلهم، وقال مالك: إن أعتق عبدًا له ومات ولم يبين وكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم، وإن كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع

---

(٣٨) أخرجه البيهقى فى «السنن» (٥/ ٣٢٦) عن ابن مسعود، وعبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ١٣٤، ١٣٥) عن ابن مسعود وأنس.

حماد والبتي وداود بن أبي هند وحميد وقال الحسن وعطاء والشعبي والنخعي ومالك وأهل المدينة: يتبعه ماله لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «من أعتق عبدًا وله مال فالمال للعبد» رواه الإمام أحمد بإسناده وغيره(٣٩)، وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أنه كان إذا أعتق عبدًا لم يعرض لماله.

ولنا: ما روى الأثرم بإسناده عن ابن مسعود أنه قال لغلامه عمير: يا عمير إني أريد أن أعتقك عتقًا هنيئًا فأخبرني بمالك فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده»(٤٠) ولأن العبد وماله كانا جميعًا للسيد فأزال ملكه عن أحدهما فبقي ملكه في الآخر كما لو باعه، وقد دل على هذا حديث النبي ﷺ: «من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»(٤١) فأما حديث ابن عمر فقال أحمد يرويه عبد الله بن أبي جعفر من أهل مصر وهو ضعيف في الحديث كان صاحب فقه، فأما في الحديث فليس هو فيه بالقوي، وقال أبو الوليد(٤٢) هذا الحديث خطأ، فأما فعل ابن عمر فإنه تفضل منه على معتقه قيل للإمام أحمد: كان هذا عندك على التفضل؟ فقال: إي لعمري على التفضل، قيل له: فكأنه عندك للسيد؟ فقال: نعم للسيد مثل البيع سواء.

١٩٦٣- مسألة: قال: **(وإذا قال لعبده أنت حر في وقت سماه لم يعتق حتى يأتي ذلك الوقت).**

قيمتهم، وعلى هذا فيقرع بينهم، فإن خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى يكمل، وقال أصحاب الرأي: إن قال الشهود: نشهد أن فلانًا أعتق بعض عبيده ونسيناه فشهادتهم باطلة، ونحو هذا قول الشعبي والأوزاعي، ولم يذكروا ما ذكره أصحاب الرأي في الشهادة.

ولنا: أن مستحق العتق غير معين فأشبه ما لو أعتق جميعهم في مرض موته.

40- مسألة: (فإن علم بعد أن المعتق غيره عتق، وهل يبطل عتق الأول؟ على وجهين).

---

(٣٩) أخرجه أبو داود «العتق» (٤/ ح٣٩٦٢) وابن ماجه في «العتق» (٢/ ح٢٥٢٩) وإسناده صحيح.

(٤٠) أخرجه ابن ماجه في «العتق» (٢/ ح٢٥٣٠) وفي الزوائد، في إسناده إسحاق بن إبراهيم المسعودي، قال فيه البخاري: لا يتابع في رفع حديثه، وقال ابن عدي: ليس له حديثان، وقال سلمة: ثقة، وذكره ابن حبان في الثقات، وشيخه عمير ذكره ابن حبان في الثقات، والمطلب بن زياد وثقه أحمد وابن معين والعجلي وغيرهم وباقيهم ثقات.

(٤١) تقدم في (جـ٥/ ٢٨٤).

(٤٢) هو أبو الوليد هشام بن عبد الملك مولى باهله من أهل البصرة. قال أحمد بن حنبل: أبو الوليد فقيه، وقال أبو حاتم الرازي: إمام فقيه عاقل، وما رأيت في يده كتابًا قط، وكان إمامًا في زمانه جليلاً عند الناس، مات سنة سبع وعشرين ومائتين. الأنساب (٤/ ٩٢).

وجملة ذلك أن السيد إذا علق عتق عبده أو أمته على مجيء وقت مثل قوله: أنت حر فى رأس الحول، لم يعتق حتى يأتى رأس الحول وله، بيعه وهبته وإجارته ووطء الأمة، وبهذا قال الأوزاعى والشافعى وابن المنذر، قال أحمد: إذا قال لغلامه: أنت حر إلى أن يقدم فلان ومجيء فلان واحد وإلى رأس السنة وإلى رأس الشهر إنما يريد إذا جاء رأس السنة أو جاء رأس الهلال منه، وإذا قال أنت طالق إذا جاء الهلال، إنما تطلق إذا جاء رأس الهلال، وقال إسحاق كما قال أحمد، وحكى عن مالك أنه إذا قال لعبده: أنت حر فى رأس الحول عتق فى الحال، والذى حكاه ابن المنذر عنه أنها إذا كانت جارية لم يطأها، لأنه لا يملكها ملكًا تامّا ولا يهبها ولا يلحقها بسببه رق، وإن مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال، وقد روى عن أحمد أنه لا يطؤها، لأن ملكه غير تام عليها، والأول أصح لما روى عن أبى ذر أنه قال لعبده: أنت عتيق إلى رأس الحول (٤٣) فلولا أن العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه لعدم فائدته، ولأنه علق العتق بصفة فوجب أن يتعلق بها كما لو قال: إذا أديت إلىّ ألفًا فأنت حر، واستحقاقها للعتق لا يمنع الوطء كالاستيلاد ولا يلزم المكاتبة، لأنها اشترت نفسها من سيدها بعوض وزال ملكه عن إكسابها بخلاف مسألتنا.

أحدهما: يبطل ويرد إلى الرق ويعتق الذى عينه، لأنه تبين له المعتق فيعتق دون غيره كما لو لم يقرع **والثانى:** يعتقان معًا، قاله الليث، ومقتضى قول ابن حامد، لأن الأول ثبتت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الأحرار، ولأن قول المعتق: ذكرت من كنت نسيته يتضمن إقراره بحرية من ذكره وإقرار على غيره فقبل إقراره على نفسه دون غيره، أما إذا لم يقرع فإنه يقبل قوله فيعتق من عينه ويرق غيره، فإذا قال: أعتقت هذا عتق ورق الباقون، وإن قال: أعتقت هذا لا بل هذا، عتقا جميعًا، لأنه أقر بعتق الأول فلزمه ثم أقر بعتق الثانى فلزمه ولم يقبل رجوعه عن إقراره الأول، وكذلك الحكم فى إقرار الوارث.

فصل: قال الشيخ ﷺ: **(وإن أعتق فى مرض موته ولم يجز الورثة اعتبر من ثلثه).**

إذا أعتق فى مرض الموت المخوف اعتبر من الثلث إذا لم يجز الورثة، وكذلك التدبير والوصية بالعتق، لأنه تبرع بمال أشبه الهبة، ولأن النبى ﷺ لم يجز من عتق الذى أعتق ستة مملوكين فى مرضه إلا ثلثهم وما زاد على الثلث إن أجازوه، فإن ردوه بطل، لأن الحق لهم فجاز بإجازتهم وبطل بردهم.

41- **مسألة: (وإن أعتق جزءًا من عبده أو دبره وهو أن يقول: إذا مت فنصف عبدى حر ثم مات، فإن كان النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يسر).**

لأنه لو دبره كله لم يعتق منه إلا ثلثه، فإذا لم يدبر إلا ثلثه كان أولى، وإن كان العبد كله يخرج من الثلث ففى تكميل الحرية روايتان: **إحداهما:** تكمل وهو قول أكثر الفقهاء منهم

---

(٤٣) تقدم برقم (٣٨/ مسألة/ ١٢٧٠).

فصل: وإذا جاء الوقت وهو فى ملكه عتق بغير خلاف نعلمه، وإن خرج عن ملكه ببيع أو ميراث أو هبة لم يعتق، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وقال النخعى وابن أبى ليلى: إذا قال لعبده: إن فعلت كذا فأنت حر، فباعه بيعًا صحيحًا ثم فعل ذلك الفعل عتق وانتقض البيع، قال ابن أبى ليلى، إذا حلف بالطلاق لا كلمت فلانًا ثم طلقها طلاقًا بائنًا ثم كلمه حنث، وعامة أهل العلم على خلاف هذا القول، لأن النبى ﷺ قال: «لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم»(٤٤) ولأنه لا ملك له فلم يقع طلاقه ولا عتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم.

أبو حنيفة وأصحابه لأنهم يرون التدبير كالعتق فى السراية، وهو أحد قولى الشافعى، لأنه أعتق بعض عبده فعتق جميعه كما لو أعتقه فى حياته.

والثانية: لا يكمل العتق فيه، لأنه لا يمنع جواز البيع فلم يسر كتعليقه بالصفة فى الحياة، فأما إن أعتق بعض عبده فى مرضه فهو كعتق جميعه، إن خرج من الثلث عتق جميعه وإلا عتق منه بقدر الثلث، لأن الإعتاق فى المرض كالإعتاق فى الصحة إلا فى اعتباره من الثلث، وتصرف المريض فى ثلثه فى حق الأجنبى كتصرف الصحيح فى جميع ماله، وعنه لا يعتق منه إلا ما أعتق كما لو أعتق شركًا له فى عبد وثلثه يحتمل جميعه.

فصل: وإذا دبر أحد الشريكين نصيبه صح ولم يلزمه لشريكه فى الحال شىء، وهذا قول الشافعى فإذا مات عتق الجزء المدبر إذا خرج من ثلثه، وفى سرايته إلى نصيب الشريك ما ذكرنا فى المسألة قبلها، وقال مالك: إذا دبر نصيبه تقاوماه، فإن صار للمدبر صار مدبرًا كله، وإن صار للآخر صار رقيقًا كله، وقال الليث: يغرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه ويصير العبد كله مدبرًا فإن لم يكن له مال سعى العبد فى قيمة نصيب الشريك، فإذا أداها صار مدبرًا كله، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن المدبر للشريك قيمة حقه موسرًا كان أو معسرًا، ويصير المدبر له، وقال أبو حنيفة: الشريك بالخيار إن شاء دبر وإن شاء أعتق وإن شاء استسعى وإن شاء ضمن صاحبه إن كان موسرًا.

ولنا: أنه تعليق للعتق على صفة فصح فى نصيبه كما لو علقه بموت شريكه.

42- مسألة: (وإن أعتق فى مرضه شركًا له فى عبد أو دبره وثلثه يحتمل باقيه أعطى الشريك وكان جميعه حرًا فى إحدى الروايتين والأخرى لا يعتق إلا ما ملك منه).

وجملته أنه إذا ملك شقصًا من عبد فأعتقه فى مرض موته أو دبره أو وصى بعتقه ثم مات ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك لم يعتق إلا نصيبه بغير خلاف نعلمه إلا قولاً شاذًا أو قول من يرى السعاية، وذلك لأنه ليس له من ماله إلا الثلث الذى استغرقته قيمة الشقص فيبقى معسرًا بمنزلة من أعتق فى صحته شقصًا وهو معسر، فإن كان ثلث ماله يفى بقيمة حصة

---

(٤٤) تقدم برقم (٥/ ٣٢٩).

فصل: وإذا قال لعبده: إن لم أضربك عشرة أسواط فأنت حر ولم ينو وقتًا بعينه لم يعتق حتى يموت ولم يوجد الضرب، وإن باعه قبل ذلك صح بيعه ولم ينفسخ فى قول أكثر أهل العلم، وقال مالك: ليس له بيعه فإن باعه فسخ البيع.

ولنا: أنه باعه قبل وجود الشرط فصح ولم ينفسخ كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر وباعه قبل دخولها.

فصل: وإذا قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه ودخل الدار عتق، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: فيها قولان.

شريكه سرى إلى نصيب الشريك فى إحدى الروايتين فيعتق العبد كله ويعطى الشريك قيمة نصيبه من الثلث، لأن ملك المعتق لثلث المال تام، له التصرف فيه بالتبرع وغيره فهو كمال الصحيح فأشبه عتق الصحيح الموسر، **والثانية:** لا يعتق إلا حصته، لأن ملكه يزول إلى ورثته بموته فلا يبقى شىء يقضى منه الشريك، وبه قال الأوزاعى، وقال القاضى: ما أعتقه فى مرض موته سرى وما دبره أو وصى بعتقه لم يسر فالرواية فى سراية العتق فى حال الحياة أصح والرواية فى وقوفه فى التدبير أصح، وهذا مذهب الشافعى، لأن العتق فى الحياة ينفذ فى حال ملك المعتق وصحة تصرفه وتصرفه فى ثلثه كتصرف الصحيح فى ماله كله، وأما التدبير والوصية فإنما يحصل العتق به فى حال زوال ملك المعتق وتصرفاته.

43- مسألة: (وإن أعتق فى مرضه ستة أعبد قيمتهم سواء وثلثه يحتملهم ثم ظهر عليه دين يستغرقهم بيعوا فى دينه ويحتمل أن يعتق ثلثهم).

وجملة ذلك أن المريض إذا أعتق عبيده فى مرضه أو دبرهم أو وصى بعتقهم وهم يخرجون من ثلثه فى الظاهر فأعتقناهم ثم مات فظهر عليه دين يستغرقهم تبينا بطلان عتقهم وبقاء رقهم فيباعون فى الدين ويكون عتقهم وصية والدين يقدم على الوصية، قال على ﷺ: إن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية، ولأن الدين مقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا تباع التركة فى قضاء الدين، وقد قال الله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ (النساء: ١١) والميراث مقدم على الوصية فى الثلثين فما يقدم على الميراث يجب أن يقدم على الوصية، وبهذا قال الشافعى، ورد ابن أبى لَيْلَى عبدًا أعتقه سيده عند الموت وعليه دين، قال أحمد: أحسن ابن أبى لَيْلَى، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى فى الذى يعتق عبده فى مرضه وعليه دين أنه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقى، لأن تصرف المريض فى ثلثه كتصرف الصحيح فى جميع ماله وكما لو لم يكن عليه دين، وقال قتادة وأبو حنيفة وإسحاق: يسعى العبد فى قيمته.

ولنا: أنه تبرع فى مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث فقدم عليه الدين كالهبة، ولأنه معتبر من الثلث فقدم عليه الدين كالوصية وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه، ولهذا يملك

أحـدهمـا: لا يعتق، لأن ملكه فيه متأخر عن عقد الصـفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفة فى حال زوال ملكه عنه.

ولنا: أنه علق الصفة فى ملكه وتحقق الشـرط فى ملكه فوجب أن يحنث كما لو لم يزل ملكه عنه وفارق ما إذا علقها فى حـال زوال ملكه وتحقق الشرط فى ملكه، لأنه لو نجز العتق لم يقع، فإذا علقـه كان أولى بعدم الوقـوع بخلاف مسألتنـا، فأما إن دخل الدار بعد بيـعه ثم اشتراه ودخل الدار فالمنصوص عن أحمد أنه لا يعتق.

الغريم استيفاءه فيتبين أنه أعتقهم وقـد استحقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه كما لو أعتق ملك غيره، فإن قال الورثة: نحن نقـضى الدين ونمضى العتق، لم ينفذ **فى أحـد الوجهـين** حـتى يبتدئوا العتق، لأن الدين كان مـانعًا منه فيكون باطلاً ولا يصح بزوال المانع بعده، **والثـانى**: ينفذ العتق، لأن المانع منه إنما هو الدين فإذا سقط وجب نفوذه كما لو أسقط الورثة حقوقهم من ثلثى التركة بعـد العتق فى الجميع، ولأصحـاب الشافعى وجهان كـهذين، وقيل إن أصل الوجهين إذا تصـرف الورثة فى التركة ببيع أو غيره وعلى المـيت دين وقضى الدين هل ينفذ؟ فيه وجهان.

فـصل: فإن أعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فأقرع الورثة فأعتقوا واحدًا وأرقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ففيه وجهان.

أحـدهمـا: تبطل القرعة، لأن الدين شـريك فى الإقراع، فإذا حصلت القسمـة مع عدمه كانت باطلة كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث، **والثانى**: يصح الإقراع، لأنه لا يمكن إمضاء القسمـة وإفراد حصة الدين من كل واحد من النصيبـين، لأن القرعة دخلت أجل العتق دون الدين فيقال للورثة: اقـضوا ثلثى الدين وهو بقدر قيمة نصف العبـدين الذين بقيا إما من العبيد وإما من غيرهم، ويجب رد نصف العبـد الذى عتق، فإن كان الذى أعتق عبدين أقرعنا بينهما، فإذا خـرجت القرعة على أحدهما وكان بقدر السدس من التـركة عتق وبيع الآخر فى الدين، وإن كان أكـثر منه عـتق منه بقدر السـدس، وإن كان أقل عـتق وعتق من الآخـر تمام السدس.

44- مـسألة: (وإن أعتقهم فأعتقنا ثلثـهم ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم).

وجملته أنه إذا أعتق عبيده فى مرضه أو دبرهم أو وصى بعتقهم لم يعتق منهم إلا الثلث، ويرق الثلثان إذا لم يجز الورثة عتقهم، فإذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر ثلثيهم تبينا أنهم قد عتقوا من حين أعتقهم أو من حين موته إن كان دبرهم أو وصى بعتقهم، لأن تصرف المريض فى ثلث ماله نافذ، وقـد بان أنهم ثلث ماله وخفاء ذلك علينا لا يمنع كونه مـوجودًا فلا يمنع كون العتق واقعًا، فعلى هذا يكون حكمهم حكم الأحرار من حين أعتقهم فيكون كسبهم لهم،

وذكر عنه رواية أخرى أنه يعتق، وروى عنه فى الطلاق أنه يقع، لأن التعليق والشرط وجدا فى ملكه فأشبه ما لو لم يتخللهما دخول، ووجه الأول أن العتق معلق على شرط لا يقتضى التكرار، فإذا وجد مرة انحلت اليمين وقد وجد الدخول فى ملك غيره فانحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك، ويفارق العتاق الطلاق من حيث إن النكاح الثانى ينبنى على النكاح الأول بدليل أن طلاقه فى النكاح الأول يحسب عليه فى النكاح الثانى، وينقص به عدد طلاقه والملك باليمين بخلافه.

وإن كانوا قد تصرف فيهم ببيع أو هبة أو رهن أو تزويج بغير إذن كان باطلاً وإن كانوا قد تصرفوا فحكم تصرفهم حكم تصرف الأحرار، فلو تزوج عبد منهم بغير إذن سيده كان نكاحه صحيحًا ووجب عليه المهر، وإن ظهر له مال بقدر قيمتهم عتق ثلثاهم، لأنه ثلث جميع المال فيقرع بين الذين وقفوا فيعتق من تقع له القرعة إن وَفَّى الثلثان بقيمته وقيمة الأول، وإلا عتق منه تمام الثلثين، وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم، وإن كان بقدر ثلثهم عتق أربعة اتساعهم، وعلى هذا الحساب.

فصل: وإن وصى بعتق عبد له يخرج من الثلث وجب على الوصى إعتاقه، فإن وصى بذلك ورثته لزمهم إعتاقه، فإن امتنعوا أجبرهم السلطان أو من ينوب منابه كالحاكم، لأن هذا حق لله تعالى وللعبد ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه أو نائبه، كالزكاة والديون، فإذا أعتقه الوارث أو السلطان عتق وما اكتسبه فى حياة الموصى فهو للموصى يكون من تركته إن بقى بعده، لأنه كسب عبده القن وما كسبه بعد موته وقبل إعتاقه فهو للوارث، وقال القاضى: هو للعبد، لأنه كسبه بعد استقرار سبب العتق فكان له ككسب المكاتب، وقال بعض أصحاب الشافعى: فيه قولان مبنيان على القولين فى كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية.

ولنا: أنه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه وكالمعلق عتقه بصفة، وفارق المكاتب، فإنه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده، ويبطل ما ذكروه بأم الولد فإن عتقها قد استقر سببه فى حياة سيدها وكسبها له والموصى به ممنوع، وإن سلمناه فالفرق بينهما أن الموصى به قد تحقق فيه سبب الملك، وإنما وقف على شرط هو القبول، فإذا وجد الشرط استند الحكم إلى ابتداء السبب وفى الوصية بالعتق ما وجب السبب، وإنما أوصى بإيجاده وهو العتق، فإذا وجد لم يجز أن يثبت حكمه سابقًا عليه، ولهذا يملك الموصى له القبول بنفسه، والعبد ههنا لا يملك أن يعتق نفسه، فإن مات العبد قبل موت سيده وقبل إعتاقه فما كسبه للورثة على قولنا ولا نعلم قول مخالفينا فيه.

فصل: فإن علق عتق عبده على شرط فى صحته فوجد فى مرضه اعتبر خروجه من الثلث، قاله أبو بكر وقد نص أحمد على مثل هذا فى الطلاق، وقال أبو الخطاب: فيه وجه آخر أنه يعتق من رأس المال، وهو مذهب الشافعى، لأنه يتهم فيه أشبه العتق فى صحته.

فـصل: وإذا قال لعبد له مقيـد: هو حر إن حل قيده، ثم قال: هو حر إن لم يكن فى قيده عشـرة أرطال، فشهد شاهدان عند الحاكم أن وزن قـيده خمسة أرطال فحكم بعـتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه عشرة أرطال عتق العبد بحل قيده، وتبينا أنه ما عتق بالشرط الذى حكم الحاكم بعتقه به، وهل يلزم الشاهدين ضمان قيمته؟ فيه وجهان: **أحدهما:** أنه يلزمهما ضمانها لأن شهادتهما الكاذبة سبب عتقه وإتلافـه فضمناه كالشهادة المرجوع عنها، ولأن عتقه حصل بحكم الحـاكم المبنى على الشهـادة الكاذبة فأشبه الحـكم بالشهادة التى يرجعـان عنها وهذا قول أبى حنيفة.

ولنا: أنه عتق فى حال تعلق حق الورثة بـثلثى ماله فاعتبر من الثلث كـالمنجز، وقولهم: لا يتهم فيه، قلنا: وكذلك العتق المنجز لا يتهم فيه، فإن الإنسان لا يتهم بمحاباة غير الوارث وتقديمه على وارثه وإنمـا منع منه لما فيه من الضرر بالـورثة وهو حاصل ههنا، ولو قال: إذا قدم زيد وأنا مريض فأنت حر، فقدم وهو مريض كان معتبرًا من الثلث وجهًا واحدًا.

45- مـسـألة: وإن لم يظهر له مال جزأنا لهم ثلاثة أجـزاء كل اثنين جزءًا وأقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمى رق، فمن خـرج له سهم الحرية عتق ورق الباقون، وبه قال عمـر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان ومالك والشافعى وإسحاق وداود وابن جرير، وقال أبو حنيفة: يعتق من كل واحد ثلثه ويسـتسعى فى باقيه، وروى نحو هـذا عن سعيد بن المسيب وشـريح والشعبى والنخعى وقتادة وحمـاد، لأنهم تساووا فى سبب الاستحقاق فيتسـاوون فى الاسحقاق كما لو كان لا يملك إلا ثلثهم وحده وهو ثلث ماله، أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل، وأنكر أصحاب أبى حنيفة القرعة وقالوا: هى من القمار وحكم الجاهلية، ولعلهم يردون الخبر الوارد فى هذه المسألة لمخالفـته قياس الأصول وذكر الحديث لحمـاد فقال: هذا قول الشيخ ـ يعنى إبليس ـ فقال له محمد بن ذكوان: وضع القلم عن ثلاثة: أحدهـم: المجنون حتى يفيق يعنى ـ أنك مجنون ـ فقال له حماد: ما دعاك إلى هذا؟ فقال محمد: وأنت ما دعاك إلى هذا؟ وهذا قليل فى جواب حماد وكان حريًا أن يستتاب عن هذا، فإن تاب وإلا ضربت عنقه.

ولنا: ما روى عمران بن حـصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة مـملوكين فى مرضه لا مال له غيرهم، فجزأهم رسول الله ﷺ سـتة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة، وهذا نص فى محل النزاع وحجة لنا فى الأمرين المختلف فيهما وهما: جمع الحرية واستعمال القرعة، وهو حديث صـحيح رواه مسلم وأبو داود وسائر أصـحاب السنن، ورواه عن عمران بن الحـصين الحسن وابن سيريـن وأبو المهلب، ثلاثة أئمة، ورواه الإمام أحمد عن إسـحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الحذاء عن أبى قـلابة عن أبى زيد الأنصارى رجل من أصحاب النبى ﷺ، وروى نحوه عن أبى هريرة عن النبى ﷺ، ولأنه حق فى تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الإجبار إذا طلبها أحد الشـركاء، ونظيره من القسمة ما لو كانت دار بين اثنين لأحدهما

والثاني: لا ضمان عليها، وهو قول أبي يوسف ومحمد، لأن عتقه لم يحصل بالحكم المبنى على شهادتهما وإنما حصل بحل قيده ولم يشهدا به فوجب أن لا يضمنا كما لو لم يحكم الحاكم.

فصل: وإن قال لعبده: أنت حر متى شئت لم يعتق حتى يشاء بالقول فمتى شاء عتق سواء كان على الفور أو التراخى، وإن قال: أنت حر إن شئت فكذلك ويحتمل أن يقف ذلك على المجلس، لأن ذلك بمنزلة التخيير، ولو قال لامرأته: اختارى نفسك لم يكن لها الاختيار إلا على الفور فإن تراخى ذلك بطل خيارها، كذا تعليقه بالمشيئة من غير أن يقرنه بزمن يدل

ثلثها، وللآخر ثلثاها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لا ضرر فى قسمتها فطلب أحدهما القسمة، فإنه يجعل كل بيت سهمًا ويقرع بينهم بثلاثة أسهم، لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان، وقولهم: إن الخبر يخالف قياس الأصول، نمنع ذلك بل هو موافق لما ذكرناه وقياسهم فاسد، لأنه إذا كان ملكهم ثلثهم وحده لم يكن جميع نصيبه، والوصية لا ضرر فى تفريقها بخلاف مسألتنا، وإن سلمنا مخالفته قياس الأصول فقول رسول الله ﷺ واجب الاتباع سواء وافق القياس أو خالفه، لأنه قول المعصوم الذى جعل الله عز وجل قوله حجة على الخلق أجمعين، وأمر باتباعه وطاعته وحذر العقاب فى مخالفة أمره وجعل الفوز فى طاعته والضلال فى معصيته، وتطرق الخطأ إلى القائس فى قياسه أغلب من تطرق الخطأ إلى أصحاب رسول الله ﷺ والأئمة بعدهم فى روايتهم على أنهم قد خالفوا قياس الأصول بأحاديث ضعيفة فأوجبوا الوضوء بالنبيذ فى السفر دون الحضر ونقضوا الوضوء بالقهقهة فى الصلاة دون خارجها، وقولهم فى مسألتنا فى مخالفة القياس والأصول أشد وأعظم والضرر فى مذهبهم أعظم وذلك لأن الإجماع منعقد على أن صاحب الثلث فى الوصية وما فى معناها لا يحصل له شىء حتى يحصل للورثة مثلاه، وفى مسألتنا يعتقون الثلث ويستسعون العبد فى الثلثين فلا يحصل للورثة شىء فى الحال ويحيلونهم على السعاية، فربما لا يحصل منها شىء أصلاً، وربما لا يحصل منها فى الشهر إلا اليسير كالدرهم والدرهمين فيكون هذا كمن لم يحصل له شىء وفيه ضرر على العبيد، لأنهم يجبرونهم على الكسب والسعاية من غير اختيارهم، وربما كان المجبر جارية فيحملها ذلك على البغاء أو عبدًا فيسرق أو يقطع الطريق، وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته إلى الظلم والإضرار وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عبيده وورثته، وقد روى عن النبى ﷺ فى الحديث الذى ذكرناه فى حق الذى فعل هذا قال: «لو شهدته لم يدفن فى مقابر المسلمين» قال ابن عبد البر، فى قول الكوفيين: ضروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة وأشار إلى ما ذكرناه.

وأما إنكارهم القرعة فقد جاءت فى الكتاب والسنة والإجماع، قال الله تعالى: ﴿**وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ**﴾ (آل عمران: ٤٤) وقال سبحانه: ﴿**فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ**

على التراخى، وإن قال أنت حر كيف شئت احتمل أن يعتق فى الحال، وهو قول أبى حنيفة، لأن كيف لا تقتضى شرطًا ولا وقتًا ولا مكانًا فلا تقتضى توقيف العتق، وإنما هى صفة للحال فتـقتضى وقـوع الحرية على أى حال شـاء، ويحتمل أن لا يـعتق حتى يشـاء، وهو قول أبى يوسف ومحمد، لأن المشيئة تقتضى الخيار فتقتضى أن لا يعتق قبل اختياره، كما لو قال أنت حر متى شئت، لأن كيف تعطى ما تعطى متى وأى فحكمها حكمهما.

وقد ذكر أبو الخطاب فى الطلاق أنه إذا قال لزوجتـه: أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت لم تطلق حتى تشاء فيجىء هـهنا مثله.

الْمُدْحَضِينَ﴾ (الصافات: ١٤١) وأما السنة فقال أحمد: في القرعة خمس سنن: أقرع بين نسائه، وأقرع فى ستـة مملوكين، وقال لرجلين: «استـهما» وقال: «مثل القـائم بحدود الله والمداهن فيـها كـمثل قوم اسـتهمـوا على سفـينة» وقال: «لو يعلم الناس مـا فى النداء والصف الأول لاستهموا عليه» وفى حديث الزبير أن صفية جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة فوجدنا إلى جنبه قتـيلاً فقلنا: لحـمزة ثوب وللأنصارى ثوب، فـوجدنا أحد الـثوبين أوسع من الآخر فـأقرعنا عليهما ثم كفنا كل واحد فى الثوب الذى طار له، وتشاح الناس يوم القادسية فى الأذان فأقرع بينهم سعد وأجـمع العلماء على استعمـالها فى القسمة، ولا نعلـم بينهم خلافًا فى أن الرجل يقرع بين نسـائه إذا أراد السفر بإحداهن، وإذا أراد البـداية فى القسمـة بينهن وبين الأولياء إذا تشاحوا فيمن يتولى التزويج أو من يتولى استيفاء القصاص وأشباه هذا.

فصل: فى كيفية القرعة، قال أحمد: قال سعيد بن جبير يقرع بينهم بالخواتيم، أقرع بين اثنين فى ثوب فأخـرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قـال: يخرجون بالخـواتيم ثم تدفع إلى رجل فيخرج منها واحـدًا، قال أحمد: بأى شىء خرجت مما يتفقـان عليه وقع الحكم به سواء كان رقاعًا أو خواتيم، وقال أصـحابنا المتأخرون: الأولى أن يقطع رقاعًا صغـارًا مستوية ثم تجعل فى بنادق شمع أو غيره متساوية القدر والوزن ثم تلقى فى حجر رجل لم يحضر ويغطى عليها بثوب ثم يقال له: أدخل يدك فأخرج بندقة فنفضهـا ونعلم ما فيها، وهذا قول الشافعى، وفى كيفية القرعة والعتق ست مسائل:

أحـــدها: أن يعتق عددًا من العبيـد لهم ثلث صحيح كثلاثة أو تسعة أو سـتـة أو قيمتهم متساوية ولا مال له غيرهم فـيجزءون ثلاثة أجزاء: جزءًا للحرية وجزأين للرق، ويكتب ثلاث رقـاع فى واحد حـرية وفى اثنين رق وتترك فى ثلاث بـنادق وتغطى بثوب، ويقـال لرجل لم يحضر أخرج على اسم هذا الجزء، فإن خرجت قرعة الحرية عتق ورق الجزآن، الآخران وإن خرجت رق رق وأخرجت أخرى عـلى جزء آخر، فإن خرجت رقعة الحـرية عتق ورق الجزء الثالث، وإن خرجت قرعـة الرق رق وعتق الجزء الثالث، لأن الحرية تعيـنت فيهم وإن شئت كتبت اسم كل جزء فى رقعة ثم أخرجت رقعة على الحرية، فإذا أخرجت رقعة عتق المسمون

فصل: وتعليق العتق على أداء شيء ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: تعليقه على صفة محضة كقوله: إن أديت إليَّ ألفًا فأنت حر، فهذه صفة لازمة لا سبيل إلى إبطالها، لأنه ألزمها نفسه طوعًا فلم يملك إبطالها كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، ولو اتفق السيد والعبد على إبطالها لم تبطل بذلك، ولو أبرأه السيد من الألف لم يعتق بذلك ولم يبطل الشرط لأنه لا حق له فى ذمته يبرئه منه، وإنما هو تعليق على شرط محض، وإن مات السيد انفسخت الصفة، لأن ملكه زال عنه فلا ينفذ عتقه فى ملك غيره، وإن زال ملكه ببيع أو هبة زالت الصفة، فإن عاد إلى ملكه عاد كما ذكرنا فيما قبل، ومتى وجدت الصفة عتق ولم يحتج إلى تجديد إعتاق من جهة السيد، لأنه إزالة ملك معلق على صفة وهو قابل للتعليق فيوجد بوجود الصفة كالطلاق وما يكسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيده، لأنه لم يوجد عقد يمنع كون كسبه لسيده إلا أن ما يأخذه السيد منه يحسبه من الألف التى أداها، فإذا كمل أداؤها عتق وما فضل فى يده لسيده، وإن كان المعلق عتقه أمة فولدت لم يتبعها ولدها فى أحد الوجهين، لأنها أمة قن فأشبه ما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حرة، ولا تجب عليها قيمة نفسها، لأنه عتق من السيد بصفة، فأشبه ما لو باشر عتقها، ولا يعتق حتى يؤدى الألف بكمالها، وذكر القاضى أن من أصلنا أن العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها كما لو قال: أنت حر إن أكلت رغيفًا فأكل بعضه وهذا لا يصح لوجوه: **أحدها:** أن أداء الألف شرط العتق وشروط الأحكام يعتبر وجودها بكمالها لثبوت الأحكام وتنتفى بانتفائها بدليل سائر شروط الأحكام.

فيها ويرق الباقون، وإن أخرجت رقعة على الرق رق المسمون فيها، ثم تخرج أخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الجزء الثالث، وإن خرجت الثانية على الحرية عتق المسمون فيها ورق الثالث.

المسألة الثانية: أن تمكن قسمتهم أثلاثًا وقيمتهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة كستة، قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف، وقيمة اثنين ألفان، وقيمة اثنين ألف فتجعل الاثنين الأوسطين جزءًا وتجعل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته ألف أجزءًا والآخرين جزءًا فتكون ثلاثة أجزاء متساوية فى العدد والقيمة على ما قدمناه فى المسألة الأولى، قيل لأحمد: لم يستووا فى القيمة؟ قال: يقومون بالثمن.

المسألة الثالثة: أن يتساووا فى العدد ويختلفوا فى القيمة ولا يمكن للجمع بين تعديلهم بالعدد والقيمة معًا ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهما منفردًا كستة أعبد قيمة أحدهم ألف وقيمة اثنين ألف وقيمة ثلاثة ألف، فإنهم يعدلون بالقيمة دون العدد، نص عليه أحمد فقال: إذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوم، لأنه لا يجوز أن يقع العتق فى أكثر من الثلث ولا أقل وفى قسمته بالعدد تكرار القرعة وتبعيض العتق حتى يكمل الثلث فكان التعديل بالقيمة أولى،

الثـــانى: أنه إذا علقه على وصف ذى عدد فالعـــدد وصف فى الشرط، ومتى علق الحكم على شرط، ذى وصف لا يثـبت ما لم توجد الصـفة، كما لـو قال لعبده: إن خـرجت عاريًا فأنت حر فخرج لابسًا لا يعتق فكذلك العدد.

الثـــالث: أنه متى كان فى اللفظ ما يدل على الكـل لم يحنث بفعل البعض، وكذلك لو حلف لا صليت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يســمى صلاة، ولو حلف لا صمت صيامًا لم يحنث حتى يصوم يومًا، ولو قال لامرأته: إن حضت حـيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من الحيضة، وقد ذكر القاضى هذه المسائل ونظائرها، وذكر الألف هـهنا يدل على إرادته أداء الألف كاملة.

الرابع: أننا لا نسلم هذا الأصل الذى ادعاه، وأنه إذا قال له: أنت حر إن أكلت رغيفًا لم يعتق بأكل بعضه، وإنما إذا حلف لا يفعل شيئًا ففعل بعضه حنث فى رواية فى موضع يحتمل إرادة البعض ويتناوله الـلفظ كمن حلف لا يصلى فشـرع فى الصلاة، أو لا يصوم فـشرع فى الصوم.

أولاً: يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه ونحـو هذا، لأن الشارع فى الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء الذى شرع فيه، والقدر الذى شربه من الإناء هو ماء الإناء وقرينة حاله تقتـضى المنع من الكل فتـقتضى الامـتناع من الكل، ومتى فعل البـعض فمـا امتنع من الكل فحنث لذلك، ولو حلف على فعل شىء لم يبرأ إلا بفعل الجميع، وفى مسألتنا تعليق الحرية على أداء الألف يقتضى وجـود أدائها، فلا يثبت الحكم المعلق عليهـا دون أدائها كمن حلف ليؤدين ألفًا لم يبرأ حتى يؤديها.

بيان أنا لو جعلنا مع الذى قيمته ألف آخر، فخرجت قـرعة الحرية لهما احتجنا أن نعيد القرعة بينهمـا، فإذا خرجت على القلـيل القيمـة عتق وعتق من الذى قـيمتـه ألف تمام الثلث، وإن وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهمـا دون الثلث عتقا ثم أعيدت لتكميل الثلث، فإذا وقعت على واحد كـملت الحرية منه فـحصل ما ذكرنـاه من التبعـيض والتكرار، ولأن قسمـتهم بين المشتركين فيهم، إنما يعدلون فيها بالقيمة دون الأجزاء فعلى هذا تجعل الذى قيمته ألف جزءًا والاثنين اللذين قيمتهما ألف جزءًا والثلاثة الباقين جزءًا ثم يقرع بينهم على ما ذكرنا.

المسـألة الرابعة: أمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد، كسبعة قيمة أحدهم ألف وقيمة اثنين ألف وقيمة أربعة ألف فيعدلون بالقيمة دون العدد كما ذكرنا.

المسألة الخامسة: أمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة كستة أعبد قيمة اثنين ألف وقيمة اثنين سبعمائة وقيمة اثنين خمسمائة، فههنـا تجزئهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة فتجعل كل اثنين جزءًا وتضم كل واحد ممن قيمـتهما قليلة إلى واحد ممن قيمتهما كـثيرة، وتجعل المتوسطين جزءًا وتقرع بينهم، فإن وقعت قرعة الحرية على حر قيمته أكثر من الثلث أعيدت القرعة بينهما

الخامس: أن موضوع الشرط فى الكتاب والسنة وأحكام الشريعة على أنه لا يثبت المشروط بدون شرطه، فإن النبى ﷺ قال «من قال لا إله إلا الله دخل الجنة»(٤٥) فلو قال بعضها مقتصرًا عليه لم يستحق إلا العقوبة، وقال: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له»(٤٦) فلو شرع فى الإحياء لم تكن له ولو قال فى المسابقة: من سبق إلى خمس إصابات فهو سابق فسبق إلى أربع لم يكن سابقًا، ولو قال: من رد ضالتى فله دينار فشرع فى ردها لم يستحق شيئًا فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بغير دليل، وإنما الذى جاء عن أحمد فى الأيمان فيمن حلف لا يفعل شيئًا ففعل بعضه يحنث، لأن اليمين على الترك يقصد بها المنع فنزلت منزلة النهى، والنهى عن فعل شىء يقتضى المنع من بعضه بخلاف تعليق المشروط على الشرط والله أعلم.

القسم الثانى: صفة جمعت معاوضة وصفة والمغلب فيها حكم المعاوضة، وهى الكتابة الصحيحة فهى مساوية للصفة المحضة فى العتق بوجودها، وأنه لا يجب عليه قيمة نفسه، وأن الولاء لسيده وتخالفها فى أنه لو أبرأه السيد من المال برئ منه وعتق، لأن ذمته مشغولة به فبرئ منه بإبرائه كثمن المبيع، ولا ينفسخ بموت السيد ولا بيع المكاتب ولا هبته، لأنه عند معاوضة لازم أشبه البيع وما كسبه قبل الأداء فهو له وما فضل فى يده بعد الأداء فهو له وولد المكاتبة الذين ولدتهم فى الكتابة يعتقون بعتقها.

القسم الثالث: صفة فيها معاوضة والمغلب فيها حكم الصفة وهى: الكتابة الفاسدة نحو الكتابة على مجهول أو نجم واحد أو مع إخلال شرط من شروط الكتابة فتساوى الصفة

فعتق من تقع له قرعة الحرية ويعتق من الآخر تتمة الثلث ويرق باقيه والباقون، وإن وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا جميعًا ثم يكمل الثلث من الباقين بالقرعة.

المسألة السادسة: لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا بالقيمة، كخمسة أعبد قيمة أحدهم ألف واثنان ألف واثنان ثلاثة وآلاف، فيحتمل أن تجزئهم ثلاثة أجزاء فتجعل أكثرهم قيمة جزءًا، وتضم إلى الثانى أقل الباقين قيمة وتجعلهما جزءًا والباقين جزءًا أو تقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق، لأن هذا أقرب إلى ما فعله النبى ﷺ ويعدل الثلث بالقيمة على ما تقدم، ويحتمل أن لا يجزئهم بل يخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفى الثلث فيكتب خمس رقاع بأسمائهم، ثم يخرج رقعة على الحرية، فمن خرج اسمه فيها عتق ثم يخرج الثانية فمن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث.

46- مسألة: وإن كانوا ثمانية، فإن شاء أقرع بينهم بسهمى حرية وخمسة رق وسهم لمن ثلثاه حر، وإن شاء جزأهم أربعة أجزاء فأقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق، ثم أعاد القرعة لإخراج من ثلثاه حر، وإن فعل غير ذلك جاز بأن يجعل ثلاثة جزءًا وثلاثة جزءًا واثنين جزءًا، فإن خرجت على الاثنين عتقا وكمل الثلث بالقرعة من الباقين، وإن خرجت الثلاثة

---

(٤٥) تقدم برقم (٤٨/ ١٢٧٣).

(٤٦) تقدم فى (ج٧/ ٥٠٥).

المحضة والكتـابة فى أنه لا يعتق بالأداء، لأنه عتق معلق على شرط، ولا تلزمه قيـمة نفسه، ولا يبطل بجنون المكاتب ولا الحجر عليه، لأن الحجر للرق لا يمنع صحة كتابته فلا يقتضى حدوثه إبطالها، وإن أدى حال جنونه عتق، لأن الصفة وجدت.

وقال أبو بكر: لا يعـتق بذلك ويفارقهـما فى أن للسيد فـسخها ورفـعها، لأنها فـاسدة، والفاسـد يشرع رفعه وإزالتـه، ويفارق الكتابة الصـحيحـة فى أنها تبطل بموت السـيد وجنونه والحجر عليه لسفه، لأنه عقد جائز من جهته فبطل بهذه الأمور كالوكالة والمضاربة، وقد قال أحمد: إذا وسوس فهو بمنزلة الموت، وهذا قول القاضى، وقال أبو بكر: لا تبطل بشىء من ذلك، لأنه عقد كتابة فلم يبطل بذلك كالصحيحة، وتفارق الصفة المحضة فى أن كسب العبد قبل الأداء له، وما فضل فى يده بعـد الأداء فهو له دون سيده ويتبع المكاتبـة ولدها حملاً لها على الكتابة الصحيحـة فى أحد الوجهين فيهما وفى الآخر لا يستحق كـسبه ولا يتبع المكاتبة ولدها، لأن العـتق حصل بالصـفة لا بالكتـابة، وأما الكتـابة بمحـرم الخمـر والخنزير فـقال القاضى: هى كتابة فـاسدة حكمها حكم ما ذكرنا ويعتق فيـها بالأداء، وقال أبو بكر: لا يعتق فيها بالأداء، وهو ظاهر كلام أحـمد فى رواية الميمونى إذا كاتبه كتابة فـاسدة فأدّى ما كوتب عليه عتق ما لم تكن الكتـابة محرمة، وينبغى أن يقال إن علق العـتق على أداء المحرم عتق به كما لو علق العتق على السرقة وشرب الخمر، وإن قال كاتبتك على خمر لم يعتق بأدائه كقول أبى بكر والله أعلم.

فـصل: وإذا قال لعبده: أنت حر وعليك ألف عتق ولا شىء عليه، لأنه أعتقه بغير شرط

أقرع بينهم بسـهمى حرية وسـهم رق، فإن كان جـميع ماله عـبدين أقرعنا بينهم بسـهم حرية وسهمى رق على كل حال.

فـــصل: قد ذكرنا أنه إذا كان للمعتق مال غـير العبيد مثلا قيمة العبيد عـتقوا جميعهم لخروجهم من الثلث، وإن كان أقل مـن مثليهم عتق من العبيد قـدر ثلث المال كله، فإذا كان العبيـد نصف المال عتق ثلثاهم، وإن كـانوا ثلثى المال عتق نصفهـم، وإن كانوا ثلاثة أرباعه عتق أربعة أتساعهم، وطريقـه أن تضرب قيمة العبيد فى ثلاثة ثم تنسب إليه مـبلغ التركة، فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها، فإذا كانت قيـمة العبيد ألفًا وباقى التركة ألفين ضربت قيمة العبيد فى ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسـب إليها الألفين تكن ثلثيها فيـعتق ثلثاهم، وإن كانت قيمة العبيد ثلاثة آلاف وباقى التركة ألف ضربنا قيمتهم فى ثلاثة تكن تسعة وتنسب إليها التركة كلها تكن أربعة أتساعها، وإن كانت قيمتـهم أربعة آلاف وباقى التركة ألف ضربت قيمتهم فى ثلاثة تكن اثنى عشر وتنسب إليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها فيعتق ربعهم وسدسهم.

فـصل: فإن كان على الميت دين يحيط ببعض التركة قدم الدين، لأن العتق وصية، وقد قضى رسول الله ﷺ أن الدين قـبل الوصية، ولأن قضاء الديـن واجب وهذا تبرع، وتقديم

وجعل عليه عوضًا لم يقبله فيعتق ولم يلزمه الألف، هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا، ونقل جعفر بن محمد قال: سمعت أبا عبد الله قيل له: إذا قال أنت حر وعليك ألف درهم، قال: جيد، قيل له: فإن لم يرض العبد؟ قال: لا يعتق إنما قاله له على أن يؤدى إليه ألف درهم، فإن لم يؤد فلا شيء، وإن قال: أنت حر على ألف فكذلك فى إحدى الروايتين، لأن على ليست من أدوات الشرط ولا البدل فأشبه قوله وعليك ألف، **والثانية:** إن قبل العبد عتق ولزمته الألف، وإن لم يقبل لم يعتق وهذا قول مالك والشافعى وأبى حنيفة، لأنه أعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله كما لو قال: أنت حر بألف وهذه الرواية أصح، لأن على تستعمل للشرط والعوض، قال الله تعالى: ﴿**قَالَ لَهُ مُوسَىٰ هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَىٰ أَن تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا**﴾ (الكهف: ٦٦) وقال تعالى: ﴿**فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا**﴾ (الكهف: ٩٤) ولو قال فى النكاح: زوجتك ابنتى فلانة على صداق خمسمائة درهم، فقال الآخر: قبلت صح النكاح وثبت الصداق، وقال الفقهاء: إذا تزوجها على ألف لها وألف لأبيها كان ذلك جائزًا، فأما إذا قال: أعتقتك على أن تخدمنى سنة فقبل ففيها روايتان كالتى قبلها، وقيل: إن لم يقبل العبد لم يعتق رواية واحدة، فعلى هذا إذا قبل العبد عتق فى الحال ولزمته خدمته سنة، فإن مات السيد قبل كمال السنة رجع على العبد بقيمة ما بقى من الخدمة بهذا وقال الشافعى، وقال أبو حنيفة: تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيقسط منها بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقى من قيمته.

ولنا: أن العتق عقد لا يلحقه الفسخ، فإذا تعذر فيه استيفاء العوض رجع إلى قيمته

الواجب متعين، فإن كان الدين بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين وكتب رقعتان رقعة للدين ورقعة للتركة ويخرج واحد منهما على أحد الجزأين، فمن خرجت عليه رقعة الدين بيع فيه وكان الباقى جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة على ما تقدم، وإن كان الدين بقدر ثلثهم كتب ثلاث رقاع رقعة للدين واثنتان للتركة، وإن كان بقدر ربعهم كتب أربع رقاع رقعة للدين وثلاث للتركة ثم يقرع بين من خرجت له رقاع التركة، وإن كتب رقعة للدين ورقعة للحرية ورقعتين للتركة جاز، وقيل: لا يجوز لئلا تخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدين والأول أصح، لأنه إنما يمنع من قبل قضاء الدين إذا لم يكن له وفاء فأما إن كان له وفاء لم يمنع منه بدليل ما لو كان العتق فى أقل من ثلث الباقى بعد وفاء الدين فإنه لا يمنع من العتق قبل وفائه.

47- مسألة: وإن أعتق عبدين قيمة أحدهما مائتان والآخر ثلاثمائة فأجاز الورثة عتقهما عتقا، وإن لم يجز الورثة عتق ثلثهما وكمل الثلث فى أحدهما فتجمع قيمتهما فتكون خمسمائة ثم يقرع بينهما فمن خرج له سهم الحرية ضربنا قيمته فى ثلاثة ونسبنا قيمتهما إلى المرتفع بالضرب، فما خرج من النسبة عتق من العبد بقدره، فإن وقعت على الذى قيمته مائتان ضربنا فى ثلاثة صار ستمائة ونسبنا قيمتهما إلى ذلك تكن خمسة أسداسه فيعتق منه،

كالخلع فى النكاح، والصلح فى دم العمد، وإن قال: أنت حر على أن تعطينى ألفًا فالصحيح أنه لا يعتق حـتى يقبل، فإذا قبل عـتق ولزمه الألف، وإن قال: أنت حر بألف لم يعـتق حتى يقبل فيعتق ويلزمه ألف.

فـــصل: وإذا علق عتق أمتـه بصفة وهى حامل تبـعها ولدها فى ذلك، لأنه كعـضو من أعضائها، فإن وضعته قبل وجود الصفـة ثم وجدت الصفة عتق، لأنه تابع فى الصفة فأشبه ما لو كان فى الصفة فـأشبه ما لو كان فى البطن وإن كانت حائلاً حين التـعليق ثم وجدت الصفة وهى حامل عتقت هى وحملها، لأن العتق وجد فيـها وهى حامل فتبعها ولدها كالمنجز، وإن حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصـفة ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولد، لأن الصفة لم تتعلق به لا فى حال التعليق، ولا فى حـال العتق وفيه وجه آخر أنه يتبعهـا فى العتق قياسًا على ولد المدبرة، وإن بطلت الصفة ببيع أو موت لم يعـتق الولد لأنه إنما يبيعها فى العتق لا فى الصفة، فإذا لم توجـد فيها لم يوجد فيـه بخلاف ولد المدبرة فإنه تبعهـا فى التدبير، فإذا بطل فيها بقى فيه.

١٩٦٤- مـسـألة: قـال: **(وإذا أسلمت أم ولد النصرانى منـع من غشيانهـا والتلذذ بها وأجبر على نفقتها فإن أسلم حلت له وإذا مات عتقت).**

هذه المسألة يؤخر شرحها إلى باب عتق أمهات الأولاد فإنه أليق بها.

١٩٦٥- مسألة: قال: **(وإذا قال لأمته أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين أقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو حر إذا أشكل أولهما خروجًا).**

إنما كان كذلك لأن أحدهمـا استحق العتق ولم يعلم بعينه فوجب إخراجـه بالقرعة، كما لو قال لعبيده: أحدكم حر، وقد سبق القول فى هذه المسألة، فأما إن علم أولهما خروجًا فهو الحـر وحده، وهذا قـول مالك والثـورى وأبى هاشم والشافـعى وابن المنذر، وقال الحـسن والشعبى وقتادة: إذا ولدت ولدين فى بطن فهما حران.

ولنا: أنه إنما أعتق الأول، والذى خرج أولاً هو أول المولودين فـاختص العتق به كما لو ولدتهما فى بطنين.

كذلك وإن وقـعت على الآخر ضـربنا قيمـته فى ثلاثة تكن تسـعمائة ونسـبنا قيـمتهـما وهى خمسمائة إلى ذلك نجدها خمسة أتساعه فيعتق منه ذلك وهو ثلث الجميع.

لأننا إذا ضربنا قيـمة العبدين وهى خمسمـائة فى ثلاثة كانت ألفًا وخمسمـائة وهى جميع المال فالخـمسمائة بالنسبـة إليها ثلث، وبالنسبـة إلى الذى قيمته مـائتان خمسة أسـداسه بعد الضرب وإلى الآخر خمسة أتساعه، وكل شىء أتى من هذا فسبيله أن يضرب فى ثلاثة ليخرج بلا كسـر، وهذا قول من يرى جميع الـعتق فى بعض العبيـد بالقرعة، وعند أبى حنيـفة ومن وافقه يعتقان فيستسعيان فى باقى قيمتهما، وقد مضى الكلام معهم والله أعلم.

فصل: فإن ولدت الأول ميتًا والثانى حيًّا فذكر الشريف أنه يعتق الحى منهما، وبه قال أبو حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى: لا يعتق واحد منهما، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى، لأن شرط العتق إنما وجد فى الميت وليس بمحل للعتق فانحلت اليمين به، وإنما قلنا: إن شرط العتق إنما وجد فيه، لأنه أول ولد بدليل أنه لو قال لأمته: إذا ولدت ولدًا فأنت حرة، فولدت ولدًا ميتًا عتقت، ووجه الأول أن العتق يستحيل فى الميت فتعلقت اليمين بالحى، كما لو قال: إن ضربت فلانًا فعبدى حر، فضربه حيًّا عتق، وإن ضربه ميتًا لم يعتق، ولأنه معلوم من طريق العادة أنه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه، وهو أن يكون حيًّا فتصير الحياة مشروطة فيه فكأنه قال أول ولد تلدينه حيًّا فهو حر.

فصل: وإن قال لأمته كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدته فى قول جمهور العلماء، منهم مالك والشافعى والأوزاعى والليث والثورى، قال ابن المنذر: ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم، فإن باع الأمة ثم ولدت لم يعتق ولدها، لأنها ولدتهم بعد زوال ملكه.

فصل: فإن قال: أول غلام أملكه فهو حر انبنى ذلك على العتق قبل الملك وفيه روايتان، فإن قلنا: يصح عتق أول من يملكه فإن ملك اثنين عتق أحدهما بالقرعة فى قياس قول أحمد، فإنه قال فى رواية مهنا: إذا قال: أول من يطّلع من عبيدى فهو حر فطلع اثنان أو جميعهم فإنه يقرع بينهم ويحتمل أن يعتقا جميعًا، لأن الأولية وجدت فيهما جميعًا فتثبت الحرية فيهما، كما لو قال فى المسابقة من سبق فله عشرة فسبق اثنان اشتركا فى العشرة، وقال النخعى: يعتق أيهما شاء وقال أبو حنيفة: لا يعتق واحد منهما، لأنه لا أول فيهما، لأن كل واحد منهما مساوٍ للآخر، ومن شرط الأولية سبق الأول.

ولنا: أن هذين لم يسبقهما غيرهما فكانا أول كالواحد وليس من شرط الأول أن يأتى بعده ثان، بدليل ما لو ملك واحدًا ولم يملك بعده شيئًا، وإذا كانت الصفة موجودة فيهما، فإما أن يعتقا جميعًا أو يعتق أحدهما وتعينه القرعة على ما ذكرنا من قبل، وكذلك الحكم فيما إذا قال: أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين وخرجا جميعًا معًا فالحكم فيهما كذلك.

48- مسألة: (وإن أعتق واحد من ثلاثة أعبد غير معين فمات أحدهم فى حياة السيد أقرع بينه وبين الحيين، فإن وقعت رقعة العتق على الميت رق الآخرانِ).

لأن القرعة يبين بها من وقع عليه العتق فوجب أن يقرع بينهم كما لو كانوا أحياء، فإذا وقعت الرقعة على الميت تبين رق الآخرين، لأن الحرية إنما يقع على المعتق وهذان لم يعتق واحد منهما، وإن وقعت على أحد الحيين عتق إن خرج من الثلث، وقد سبق شرح هذا فيما إذا قال: أحد عبدى حر وذكرنا الخلاف فيه، وإن أعتق الثلاثة فى مرضه فمات أحدهم فى حياة السيد فكذلك فى قول أبى بكر، لأن الحرية إنما تنفذ فى الثلث فأشبه ما لو أعتق واحدًا منهم، قال شيخنا: والأولى أن يقرع بين الحيين ويسقط حكم الميت، لأنه أعتق الثلاثة

فـصل: وإن قال: آخر عبد أملكه فهو حر فـملك عبيدًا لم يحكم بعتق واحد منهم حتى يموت، لأنه ما دام حيّا فهو يحتمل أن يملك عبدًا يكون هو الآخر فإذا مات عتق آخرهم وتبينا أنه كان حرها حين ملكه فيكون إكسابه له، وإن كانت أمة كان أولادها أحرار من حين ولدتهم لأنهم أولاد حرة، وإن كان وطئـها فعليه مهرها، لأنه وطئ حـرة أجنبية ولا يحل له أن يطأها حين ملكهـا حتى يملك بعدها غـيرها، لأنه ما لم يملك بعـدها غيرها فهى آخـر فى الحال، وإنما يزول ذلك بملك غـيرها فوجب أن يحـرم الوطء، وإن ملك اثنين دفعة واحـدة ثم مات فالحكم فى عتقهما كالحكم فيما إذا ملك اثنين فى المسألة التى قبلها.

١٩٦٦- مسـألة: قـال: (**وإذا قال العبد لرجل اشترنى من سـيدى بهذا المال فأعتقنى ففـعل فقـد صار حـرًا وعلى المشـترى أن يؤدى إلى البائـع مثل الذى اشتـراه به وولاءه للذى اشتراه إلا أن يكون قـال له بعنى بهذا المال فيكـون الشراء والعتق باطلاً ويكون السيـد قد أخذ ماله**).

وجـملتـه: أن العبد إذا دفع إلى أجنبى مالاً وقال اشترنى من سـيدى بهذا المال فأعتقنى ففعل لم يخل من أن يشتريه بعـين المال أو فى ذمته ثم ينقد المال فإن اشتراه فى ذمـته فأعتقه فالشراء صحيح والعتق جائز، لأنه ملكه بالشراء فنفـذ عتقه له وعلى المشترى أداء الثمن الذى اشتـراه به، لأنه لزمه الثمن بالبـيع والذى دفعه إلى السـيد كان ملكًا له لا يحـتسب له به من الثمن فيبقى الثمن واجبًا عليه يلزمـه أداؤه وكان العتق من ماله والولاء له، وبهذا قال الشافعى وابن المنذر، وأما إن اشتراه بعين المال فالشراء باطل والعتق غير واقع، لأنه اشترى بعين مال غيره شيئًـا بغير إذنه فلم يصح الشراء ولم يقع العتق، لأنه أعتق مملوك غـيره بغير إذنه ويكون السيد قد أخذ ماله، لأن ما فى يد العبد محكوم به لسيده.

والاعتبار فى خروجه من الثلث بحالة الموت، وحـالة الموت إنما كان له العبدان الحيان وهما كل ماله فيـقرع بينهما، فمن وقـعت عليه القرعة عتق إن خـرج من الثلث وإلا عتق منه بقدر الثلث، وإن بقى من الثلث شىء بعد عتقه عتق من الآخر بقدر ما بقى من الثلث وصار بمنزلة ما لو أعتق العبدين فى مرضه ولم يكن له مال غيرهم.

فـصل: إذا دفع العبد إلى رجل مالاً فقال: اشترنى من سـيدى بهذا المال فأعتقنى ففعل لم يخل من أن يشتريه بعـين المال أو فى ذمته ثم ينقد المـال، فإن اشتراه فى ذمته ثم أعـتقه صح الشراء ونفذ العتق، لأنه ملكه بالشراء فنفذ عتقه له وعلى المشترى أداء الثمن الذى اشتراه به، لأنه لزمه الثمن بالبيع والذى دفعه إلى السيد كان ملكًا له لا يحتسب له به من الثمن فبقى الثمن واجبًا عـليه يلزمه أداؤه وكان العتق من ماله والولاء له، وبه قـال الشافعى وابن المنذر، فإما إن اشتراه بعين المال فالشراء باطل ولا يصح العتق، لأنه اشترى بعين مال غيره شيئًا بغير إذنه فلم يصح الشراء ولم ينفذ العـتق، لأنه أعتق مملوك غيره بغير إذنه ويكون السـيد قد أخذ

وعلى الرواية التى تقول إن النقود لا تتعين بالتعيين فى العقود يصح البيع والعتق ويكون الحكم كما لو اشتراه فى ذمته، ونحو هذا قال النخعى وإسحاق، فإنهما قالا الشراء والعتق جائزان ويرد المشترى مثل الثمن من غير تفريق.

وقال الحسن: البيع والعتق باطلان، وقال الشعبى: لا يجوز ذلك ويعاق من فعله من غير تفريق أيضًا، وقد ذكرنا ما يقتضى التفريق وفيه توسط بين المذهبين فكان أولى إن شاء الله تعالى.

فصل: ولو كان العبد بين شريكين فأعطى العبد أحدهما خمسين دينارًا على أن يعتق نصيبه منه فأعتقه عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسرًا ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد، لأن ما فى يد العبد يكون بين سيديه لا ينفرد به أحدهما إلا أن نصيب المعتق ينفذ فيه العتق، وإن كان العوض مستحقًا إذ لم يقع العتق على عينها، وإنما سمى خمسين ثم دفعها إليه، وإن أوقع العتق على عينها يجب أن يرجع على العبد بقيمة ما أعتقه بالعوض المستحق ويسرى العتق إلى نصيف شريكه فيرجع بقيمته ويكون الولاء للمعتق.

فصل: ولو وكل أحد الشريكين شريكه فى عتق نصيبه فقال الوكيل: نصيبى حر عتق وسرى إلى نصيب شريكه ويكون الولاء له، وإن أعتق نصيب الموكل عتق وسرى إلى نصيبه والولاء للموكل، وإن أعتق نصف العبد ولم ينو شيئًا احتمل أن ينصرف إلى نصيبه، لأنه لا يحتاج إلى نية، ونصيب شريكه يفتقر إلى النية ولم ينو ذلك، واحتمل أن ينصرف إلى نصيب

ماله، لأن ما فى يد العبد محكوم به لسيده فأما على الرواية التى تقول إن النقود لا تتعين بالتعيين، فإنه يكون الحكم فيه كما لو اشتراه فى ذمته، ونحو هذا قال النخعى وإسحاق فإنهما قالا: الشراء والعتق جائزان ويرد المشترى مثل الثمن من غير تفريق، وقال الحسن: البيع والعتق باطلان، وقال الشعبى: لا يجوز ذلك ويعاقب من فعله من غير تفريق أيضًا، وقد ذكرنا ما يقتضى التفريق وفيه توسط بين المذهبين فكان أولى، إن شاء الله تعالى.

فصل: ولو كان العبد بين شريكين فأعطى العبد لأحدهما خمسين دينارًا على أن يعتق نصيبه منه فأعتقه عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسرًا ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد، لأن ما فى يد العبد يكون بين سيديه لا ينفرد به أحدهما عن الآخر إلا أن نصيب المعتق ينفذ فيه العتق، وإن كان العوض مستحقًا إذ لم يقع العتق على عينها، وإنما سمى خمسين ثم دفعها إليه، وإن أوقع العتق على عينها يجب أن يرجع على العبد بقيمة ما أعتقه بالعوض المستحق ويسرى العتق إلى نصيب شريكه ويكون ولاؤه للمعتق.

فصل: ولو وكل أحد الشريكين شريكه فى عتق نصيبه فقال الوكيل: نصيبى حر عتق وسرى إلى نصيب شريكه والولاء وإن أعتق نصيب الموكل عتق وسرى إلى نصيبه، وإن كان موسرًا والولاء للموكل، فإن أعتق نصف العبد ولم ينو شيئًا احتمل أن ينصرف إلى نصيبه،

شريكه، لأنه أمره بالإعتاق فانصرف إلى ما أمر به، ويحتمل أن ينصرف إليهما، لأنهما تساويا فانصرف إليهما، وأيهما حكمنا بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه، ويحتمل أن لا يضمن، لأن الوكيل إن أعتق نصيبه فسرى إلى نصيب شريكه لم يضمنه، لأنه مأذون له فى العتق وقد أعتق بالسراية فلم يضمن كمن أذن له فى إتلاف شىء، فـإنه لا يضمنه وإن أتلفه بالسراية وإذا أعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان، لأنه مباشر لسبب الإتلاف فلم يجب له ضمان ما تلف به كما لو قال له أجنبى: أعتق عبدك فأعتقه، والله أعلم.

لأنه لا يحتـاج إلى نية، ونصـيب شريكه يفتـقر إلى النيـة ولم ينو، ويحتمـل أن ينصرف إلى نصيب شريكه، لأنه أمره بالإعتاق فانصرف إلى ما أمر به، ويحتمل أن ينصرف إليهما، لأنهما تساويا، وأيهما حكمنا بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ويحتمل أن لا يضمن، لأن الوكيل إذا أعتق نصيبه فسرى إلى نصيب شـريكه لم يضمنه، لأنه مأذون له فى العتق، وقد أعتق بالسراية فلم يضمن كمن أذن له فى إتلاف شىء، فإنه لا يضمنه، وإن أتلفه بالسراية، وإذا عتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان، لأن مباشر لسبب الإتلاف فلم يجب له ضمان ما تلف به كما لو قال له أجنبى: أعتق عبدك فأعتقه.

كتاب التدبير

ومعنى التدبير: تعليق عتق عبده بموته والوفاة دبر الحياة ويقال: دابر الرجل يدابر مدابرة إذا مات فسمى العتق بعد الموت تدبيرًا، لأنه إعتاق فى دبر الحياة، والأصل فيه السنة والإجماع، أما السنة فما روى جابر أن رجلاً أعتق مملوكًا له عن دبر منه فاحتاج فقال رسول الله ﷺ: «من يشتريه منى؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها إليه وقال: «أنت أحوج منه» متفق عليه(1)، وأما الإجماع فقال ابن المنذر(2): أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبر عبده أو أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات، والمدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين إن كان عليه وإنفاذ وصاياه إن كان وصى، وكان السيد بالغًا جائز الأمر أن الحرية تجب له أو لها.

١٩٦٧- مسألة: قال: **(وإذا قال لعبده أو أمته أنت مدبر أو قد دبرتك أو أنت حر بعد موتى فقد صار مدبرًا).**

وجملة ذلك: أنه إذا علق صريح العتق بالموت فقال: أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق بعد موتى صار مدبرًا بلا خلاف نعلمه، وأما إن قال: أنت مدبر أو قد دبرتك فإنه يصير مدبرًا بنفس اللفظ من غير افتقار إلى نية وهذا منصوص الشافعى، وقال بعض أصحابه: فيه قول آخر أنه ليس بصريح فى التدبير ويفتقر إلى النية، لأنهما لفظان لم يكثر استعمالهما فافتقر إلى النية كالكنايات.

باب التدبير (1)

وهو تعليق العتق بالموت، وسمى تدبيرًا لأن الوفاة دبر الحياة، يقال دابر الرجل يدابر مدابرة إذا مات، فسمى العتق بعد الموت تدبيرًا، والأصل فيه السنة والإجماع، أما السنة فما روى جابر أن رجلاً أعتق مملوكًا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ: «من يشتريه منى؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها إليه، وقال: «أنت أحوج منه» متفق عليه، وقال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبر عبده أو أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات، والمدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين إن كان عليه وإنفاذ وصاياه إن كان وصى، وكان السيد بالغًا جائز الأمر أنه تجب له الحرية أولها.

---

(١) أخرجه البخارى فى «البيوع» (٤/ ح٢١٤١/ فتح) ومسلم (٢/ زكاة/ ١٤١/ ٦٩٢) وأبو داود فى «العتق» (٤/ ٣٩٥٥) وأحمد فى «مسنده» (٣/ ٣٠٥، ٣٠٨، ٣٦٩).

(٢) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١٢٢/ ٥٨٨).

(1) أحاديث هذا الباب مخرجة مستوفاة فى كتاب التدبير من المغنى إلا ما شذ فسوف يخرج فى مكانه.

ولنا: أنهما لفظان وضعا لهذا العقد فلم يفتقر إلى النية كالبيع، ويفارق الكنايات، فإنها غير موضوعة له ويشاركها فيه غيرها فافتقرت إلى النية للتعيين ويرجح أحد المحتملين بخلاف الموضوع.

فصل: ويعتق المدبر بعد الموت من ثلث المال فى قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن على وابن عمر [٣] وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهرى وقتادة وحماد ومالك وأهل المدينة والثورى وأهل العراق والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى، وروى عن ابن مسعود [٤] ومسروق ومجاهد والنخعى وسعيد بن جبير: أنه يعتق من رأس المال، لأنه عتق فينفذ من رأس المال كالعتق فى الصحة وعتق أم الولد.

ولنا: أنه تبرع بعد الموت فكان من الثلث كالوصية ويفارق العتق فى الصحة فإنه لم يتعلق به حق غير المعتق فينفذ فى الجميع كالهبة المنجزة.

وقد نقل حنبل عن أحمد أنه يعتق من رأس المال، وليس عليها عمل قال أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه أحمد إلى ما نقله الجماعة.

فصل: وإن اجتمع العتق فى المرض والتدبير قدم العتق؛ لأنه أسبق، وإن اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا، لأنهما جميعًا عتق بعد الموت، ويحتمل أن يقدم التدبير، لأن الحرية تقع فيه عند الموت والوصية تقف على الإعتاق بعده.

أ- **مسألة: (ويعتبر من الثلث)**

إنما يعتق المدبر إذا خرج من الثلث فى قول أكثر أهل العلم، يروى ذلك عن على وابن عمر، وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهرى وقتادة وحماد ومالك وأهل المدينة والثورى وأهل العراق والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وروى ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعى وسعيد بن جبير أنه يعتق من رأس المال قياسًا على أم الولد وكما لو أعتق فى الصحة.

ولنا: أنه تبرع بعد الموت فكان من الثلث كالوصية ويفارق العتق فى الصحة، فإنه لم يتعلق به حق غير المعتق فنفذ الجميع كالهبة المنجزة، والاستيلاد أقوى من التدبير، لأنه ينفذ من المجنون بخلاف التدبير، ونقل حنبل عن أحمد أنه يعتق من رأس المال، ولا عمل عليها، قال أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه إلى ما رواه الجماعة.

فصل: فإن اجتمع العتق فى المرض والتدبير قدم العتق؛ لأنه أسبق، فإن اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا، لأنهما جميعًا عتق بعد الموت، ويحتمل أن يقدم التدبير، لأن الحرية تقع فيه عقيب الموت من غير تأخر والوصية تقف على الإعتاق بعده.

---

(٣) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣١٤).

(٤) رواه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ١١٢/ ٢٦٤) بلفظ: «من جمع المال».

2- مسألة: (ويصح من كل من تصح وصيته).

لأنه تبرع بالمال بعد الموت أشبه الوصية، وقال الخرقى: يصح تدبيره إذا جاوز العشر وكان يعرف التدبير، وكذلك الجارية إذا جاوزت التسع، وقال الشافعى فى أحد قوليه: يصح تدبير الصبى المميز، قال بعض أصحابه: هو أصح قوليه وهو إحدى الروايتين عن مالك، وروى ذلك عن شريح وعبد الله بن عتبة، وقال الحسن وأبو حنيفة: لا يصح تدبيره وهو إحدى الروايتين عن مالك والقول الثانى للشافعى، لأنه لا يصح إعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون.

ولنا: أن عمر ﷺ أجاز وصية غلام من الأنصار لأخواله من غسان بأرض يقال لها بئر جشم قومت ثلاثين ألفًا، رواه سعيد بن منصور وكان الغلام ابن عشر سنين وروى اثنتى عشرة، ولم يعرف له مخالف والتدبير فى معنى الوصية، وقد ذكرنا ذلك فى كتاب الوصايا، ويخالف التدبير العتق فى الحياة، لأن فيه تفويتا لماله فى حياته ووقت حاجته والوصية والتدبير لا ضرر عليه فيهما، فإنه إن عاش لم يذهب شيء من ماله، وإن مات فهو غير مستغن عن الثواب فيكون ذلك زيادة فى رفع درجته، وإنما خص الخرقى ابن عشر سنين، لأنه يؤمر بالصلاة، والجارية بتسع لقول عائشة إذا بلغت الجارية تسع سنين فهى امرأة، ولأنه سن يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام غير ذلك، فأما المجنون فلا يصح شيء من تصرفاته فلذلك لم يصح تدبيره، ويصح تدبير المحجور عليه للسفه لما ذكرنا فى الصبى بل هو أولى بالصحة من الصبى، لأنه مكلف وحاجته إلى الثواب أكثر من حاجة الصبى، وصحة تدبير السكران مبنية على صحة وصيته، وقد ذكرناه وكل من صح تدبيره فهو كالمكلف فى صحة رجوعه قياسًا علقه.

فصل: ويصح تدبير الكافر ذميًا كان أو حربيًا فى دار الإسلام وغيرها، لأن له ملكًا صحيحًا فصح تصرفه فيه كالمسلم، **فإن قيل:** لو كان ملكه صحيحًا لم يملك عليه بغير اختياره، **قلنا:** هذا لا ينافى الملك بدليل أنه يملك فى النكاح وتملك عليه زوجته بغير اختياره، وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما نذكره.

3- مسألة: (وصريحه لفظ العتق والحرية المعلقين بالموت كقوله: أنت حر أو عتيق أو معتق أو محرر بعد موتى فيصير بذلك مدبراً بلا خلاف نعلمه).

وكذلك إن قال: أنت مدبر أو قد دبرتك فإنه يصير مدبرًا بمجرد اللفظ، وإن لم ينوه، هذا منصوص الشافعى، وقال أصحابه: فيه قول آخر أنه ليس بصريح يفتقر إلى النية، لأنهما لفظان لم يكثر استعمالهما فافتقر إلى النية كالكنايات.

ولنا: أنهما لفظان وضعا لهذا العقد فلم يفتقر إلى النية كالبيع بخلاف الكنايات، فإنها غير

فـصل: ويجوز التدبير مطلقًا ومقيدًا، فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر كقوله: أنت حر بعد موتى والمقيد ضربان:

أحدهما: خاص نحو أن يقول: إن مت من مرضى هذا أو سفرى هذا أو فى بلدى هذا أو عامى هذا فأنت حر، فهذا جائز على ما قال إن مـات على الصفة التى شرطها عتق العبد وإلا لم يعتق. وقال مهنا: سألت أحمد عمن قـال لعبده أنت حر مدبر اليوم؟ قال يكون مدبراً ذلك اليوم فإن مات ذلك اليوم صار حرّاً يعنى إذا مات المولى.

الضرب الـثانى: أن يعلق التدبير على صفة مثل أن يقول: إن دخلت الدار أو إن قدم زيد أو إن شفى الله مـريضى فأنت حـر مدبر أو فـأنت حر بعد مـوتى، فهـذا لا يصيـر مدبراً فى الحال، لأنه علق التدبير على شرط، وإذا وجد صـار مدبراً وعتق بموت سيده، وإن لم يوجد الشرط فى حيـاة السيد ووجد بعد موته لم يعـتق، لأن إطلاق الشرط فى حياة السيـد يقتضى وجوده فى الحـياة بدليل مـا لو لم علق عليه عـتقًـا منجزًا فـقال: إذا دخلت الدار فـأنت حر فدخلهـا بعد موته لم يعتـق، وكما لو قال لوكـيله بع عبدى فمـات الموكل قبل بيـعه بطلت وكالته، ولأن المدبر من علق عتقه بالمـوت، وهذا قبل الموت لم يكن مدبرًا وبعد الموت لا يمكن حدوث التدبير، وإن قـال: إن دخلت الدار بعد موتى فأنت حر فذكـر أبو الخطاب فيها روايتين: **إحداهـما:** لا يعتق وهو قياس المنصوص عنه فى قوله: أنت حر بعد موتى بيوم أو شهر فإنه قال: لا يعتق، لأنه علق العتق بصفـة توجد فى ملك غيره فلم يعتق كما لو قال: إن

موضوعة له ويشاركـها فيه غيرها فافتـقرت إلى النية للتعيين وترجيح أحد المـحتملين بخلاف الموضوع فإنه لا يفتقر إلى النية كلفظ العتق.

4- مـسألة: (ويصح مطلقًا ومقيدًا).

فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر، والمقيد ضربان:

أحدهما: خاص مثل أن يقول: إن مت من مرضى هذا أو فى بلدى هذا أو فى عامى هذا فأنت حر، فهذا جائز على ما قال، إن مات على الصفة التى شرطها عتق العبد وإلا فلا، وقال مُهَنا: سألت أحمد عمن قال لعبده: أنت مدبر قال: يكون مدبراً ذلك اليوم فإن مات فى ذلك اليوم صار حرّاً يعنى إذا مات السيد.

الثـانى: أن يعلق التدبير على صفة مـثل أن يقول: إن دخلت الدار فأنت مدبر أو إن قدم زيد أو إن شفى الله مـريضى فأنت حر بعـد موتى فهـذا لا يصير مـدبراً فى الحال، لأنه علق التدبيـر على شرط، فإذا وجد صار مـدبراً وعتق بموت سـيده، وإن لم يوجد فى حيـاة السيد ووجد بعد موته لم يعتق، لأن إطلاق الشرط يقتـضى وجوده فى الحياة بدليل ما لو علق عليه عتقًا منجزًا فقال: إذا دخلت الدار فأنت حـر فدخلها بعد موته لم يعتق، ولأن المدبر من علق عتقه بالموت وهذا قبل الموت لم يكن مدبراً وبعد الموت لا يمكن حدوث التدبير فيه.

دخلت الدار بعد بيعي إياك فأنت حر، ولأنه إعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق كالمنجز، **والثانية:** يعتق، وهو الذى ذكره القاضى وهو مذهب الشافعى، لأنه صرح بذلك فحمل عليه كما لو وصى بإعتاقه وكما لو وصى ببيع سلعة ويتصدق بثمنها، ويفارق التصرف بعد البيع، فإن الله تعالى جعل للإنسان التصرف بعد موته فى ثلثه بخلاف ما بعد البيع، والأول أصح إن شاء الله تعالى، ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة، لأن الملك لا يستقر للورثة فيه ولا يملكون التصرف فيه بخلاف مسألتنا، وقولهم: حصل له التصرف فى ثلثه، قلنا: إنما يتصرف فيه تصرفًا يثبت عقيب موته ويمنع انتقاله إلى الوارث، وإن ثبت للوارث فهو ثبوت غير مستقر، وقد قيل: يكون مراعى فإذا قبل الموصى له تبينا أن الملك كان له من حين الموت، وإن لم يقبل تبينا أنه كان للوارث فعلى قولنا لا يعتق بالدخول بعد الموت للوارث التصرف فيه كيف شاء ومن صحح هذا الشرط احتمل أن يمنع الوارث من التصرف فى رقبته، لأنه يستحق العتق فأشبه الموصى بعتقه واحتمل أن لا يمنعه، لأنه علق عتقه على صفة غير الموت فلم يمنع من التصرف فيه كما لو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر، فأما كسبه قبل عتقه فهو للوارث، لأن الملك فيه مستقر قبل وجود الشرط كما لو كان الوارث هو الذى علق عتقه.

فصل: فإن قال: أنت حر بعد موتى بشهر أو قال بيوم فقال أحمد فى رواية مهنا: لا يعتق ولا تصح هذه الصفة، وقال أيضًا. سألت أحمد عن رجل قال لعبده: أنت حر بعد موتى بشهر بألف درهم فقال: هذا كله لا يكون شيئًا بعد موته، وهذا اختيار أبى بكر، وذكر القاضيان ابن أبى موسى وأبو يعلى فيها رواية أخرى أنه يعتق إذا وجدت الصفتان الموت ومضى المدة المذكورة، وبهذا قال الثورى وأبو يوسف وإسحاق، ووجه الروايتين ما تقدم، وقال أصحاب الرأى: لا يعتق حتى يعتقه الوارث وعلى قول من قال يعتق يكون قبل الموت ملكًا للوارث وكسبه له كأم الولد والمدبر فى حياة السيد، وإن كان أمة فولدت قبل وجود الصفة فولدها يتبعها فى التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هى.

فصل: إذا قال لعبده إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتى فقرأ القرآن جميعه صار مدبراً وإن قرأ بعضه لم يصر مدبراً، وإن قال: إذا قرأت قرآنًا فأنت حر بعد موتى فقرأ بعض القرآن صار مدبرًا لأنه فى الأولى عرفه بالألف واللام المقتضية للاستغراق فعاد إلى جميعه، وههنا نكره فاقتضى بعضه، **فإن قيل:** فقد قال الله تعالى: ﴿**فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ**

فصل: فإن قال لعبد: **إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتى فقرأ القرآن جميعه صار مدبرًا، وإن قرأ بعضه لم يصر مدبراً**، وإن قال: إذا قرأت قرآنًا فأنت حر بعد موتى فقرأ بعض القرآن صار مدبرًا، لأنه فى الأولى عرفه بالألف واللام المقتضية للاستغراق فعاد إلى جميعه وههنا نكره فاقتضى بعضه، **فإن قيل:** فقد قال الله تعالى: ﴿**فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ**

الرَّجِيمِ﴾ (النحل: ٩٨) وقال: ﴿وَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ جَعَلْنَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ بِالآخِرَةِ حِجَابًا مَّسْتُورًا﴾ (الإسراء: ٤٥) ولم يرد جميعه، **قلنا**: قضية اللفظ تتناول جميعه، لأن الألف واللام للاستغراق، وإنما حمل على بعضه بدليل فلا يحمل على البعض فى غير ذلك الموضع بغير دليل، ولأن قرينة الحال تقتضى قراءة جميعه، لأن الظاهر أنه أراد ترغيبه فى قراءة القرآن بتعليق الحرية به ومجازاته على قراءته بالحرية، والظاهر أنه لا يجازى بهذا الأمر الكثير ولا يرغب به إلا فيما يشق، أما قراءته آية أو آيتين فلا.

فصل: فإن قال لعبده: إن شئت فأنت حر بعد موتى أو إذا شئت أو متى شئت أو أى وقت شئت فأنت حر بعد موتى فهو تدبير بصفة فمتى شاء فى حياة سيده صار مدبراً يعتق بموت سيده، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى فدخلها فى حياته، وإن مات السيد قبل مشيئته بطلت الصفة كما لو مات فى المسألة الأخرى قبل دخول الدار، وإن قال متى شئت بعد موتى فأنت حر أو أى وقت شئت بعد موتى فأنت حر فهذا تعليق للعتق على صفة بعد الموت وقد ذكرنا أنه لا يصح، وأن قول القاضى صحته، فعلى قوله يكون ذلك على التراخى فمتى شاء بعد موت سيده عتق، وما كان له من كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده، لأنه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به فإن فى كسبه قبل القبول وجهين: **أحدهما**: أنه يكون للموصى له، لأننا تبينا أنه ملكه من حين الموت، وههنا لا يثبت الملك قبل المشيئة وجهًا

الرَّجِيمِ﴾ ﴿وَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ جَعَلْنَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ بِالآخِرَةِ حِجَابًا مَّسْتُورًا﴾ ولم يرد القرآن جميعه، **قلنا**: قضية اللفظ تتناول جميعه، لأن الألف واللام للاستغراق وإنما حمل على بعضه بدليل فلا يحمل على البعض فى غير ذلك الموضع بغير دليل، ولأن قرينة الحال تقتضى قراءة جميعه، لأن الظاهر أنه أراد ترغيبه فى قراءة القرآن فتتعلق الحرية به أو مجازاته على قراءته بالحرية، والظاهر أنه لا يجازى بهذا الأمر الكثير ولا يرغب به إلا فيما يشق أما قراءة آية أو آيتين فلا.

5- مسألة: (وإن قال: متى شئت فأنت مدبر أو أنت حر بعد موتى أو إذا شئت أو أى وقت شئت فهو تدبير بصفة فمتى شاء فى حياة سيده صار مدبراً يعتق بموته).

لأن المشيئة هنا على التراخى فمتى وجدت المشيئة وجد الشرط فهو كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى فدخلها فى حياة السيد، وإن مات السيد قبل مشيئته بطلت الصفة كما لو مات فى المسألة الأخرى قبل دخول الدار، وإن قال: متى شئت بعد موتى فأنت حر أو أى وقت شئت بعد موتى فهو تعليق للعتق على صفة بعد الموت، وقد ذكرنا أنه لا يصح، وقال القاضى: يصح، فعلى قوله يكون ذلك على التراخى فمتى شاء بعد موت سيده عتق وما كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده، لأنه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به فإن فى كسبه قبل القبول وجهين: **أحدهما**: يكون للموصى له لأنا تبينا ملكه حين الموت، وههنا

واحدًا، لأنه عتق معلق على شرط فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهًا واحدًا، وذكر القاضى فى قوله إذا شئت أو إن شئت فأنت حر بعد موتى أنه على الفور فإن شاء فى المجلس صار مدبرًا، وإن تراخت المشيئة عن المجلس بطلت ولم يصر مدبرًا بالمشيئة بعده بناء على قوله: اختارى نفسك فإن الاختيار يقف على المجلس، وهذا فى معناه، وإن قال: إن شئت بعد موتى أو إذا شئت بعد موتى فأنت حر كان على الفور أيضًا فمتى شاء عقيب موت سيده أو فى المجلس صار حرّا، وإن تراخت مشيئته عن المجلس لم تثبت فيه حرية، وقد ذكر فى الطلاق أنه إذا قال: أنت طالق إن شئت وشاء أبوك فشاءا معًا وقع الطلاق سواء شاءا على الفور أو التراخى، أو شاء أحدهما على الفور والآخر على التراخى وهذا مثله فيخرج فى كل مسألة مثل ما ذكر فى الأخرى.

فصل: إذا قال لعبده إذا مت فأنت حر أو لا؟ أو قال: فأنت حر؟ أو لست بحر؟ لم يصر مدبرًا، لأنه استفهام ولم يقطع بالعتق فأشبه ما لو قال لزوجته: أنت طالق أو لا؟ وقد ذكرنا ذلك فى الطلاق.

لا يثبت الملك قبل المشيئة وجهًا واحدًا، لأنه عتق معلق على شرط فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهًا واحدًا.

6- مسألة: (وإن قال: إن شئت فأنت مدبر فقياس المذهب أنه على التراخى كقوله متى شئت).

وقال أبو الخطاب: إن شاء فى المجلس صار مدبرًا وإلا فلا، وكذلك قال القاضى فى قوله: إذا شئت وإن شئت فأنت حر بعد موتى على أنه على الفور إن شاء فى المجلس صار مدبرًا وإلا بطلت الصفة ولم يصر مدبرًا بالمشيئة بعده بناء على قوله اختارى نفسك فإنه يقف على المجلس وهذا فى معناه، وإن قال: إن شئت بعد موتى أو إذا شئت بعد موتى فأنت حر كان على الفور أيضًا فمتى شاء عقيب موت سيده أو فى المجلس صار حرّا، وإن تراخت مشيئته عن المجلس لم يثبت فيه حرية وذكر فى الطلاق أنه إذا قال: أنت طالق إن شئت وشاء أبوك فشاءا معًا وقع الطلاق سواء شاء على الفور أو التراخى أو شاء أحدهما على الفور والآخر على التراخى، وهذا مثله فيخرج فى كل مسألة مثل ما ذكره فى الأخرى.

فصل: وإذا قال لعبده: إذا مت فأنت حر أو لا؟ أو قال: فأنت حر؟ أو لست بحر؟ لم يصر مدبرًا، لأنه استفهام ولم يقطع بالعتق فهو كما لو قال لزوجته: أنت طالق أو لا؟ وسنذكر ذلك فى الطلاق.

7- مسألة: (وإذا قال: قد رجعت فى تدبيرى أو أبطلته لم يبطل، لأنه تعليق للعتق بصفة وعنه أنه يبطل كالوصية).

اختلفت الرواية عن أحمد فى بطلان التدبير بالرجوع فيه قولاً، فالصحيح أنه لا يبطل،

فصل: وإذا دبر أحد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير إلى نصيب شريكه موسرًا كان أو معسرًا، وذكر أبو الخطاب وجهًا أنه يسرى تدبيره إذا كان موسرًا، ويقوم عليه نصيب شريكه، وهو قول أبى حنيفة، لأنه استحق العتق بموت سيده فسرى ذلك فيه كالاستيلاد وللشافعى قولان كالمذهبين.

ولنا: أنه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار، ويفارق الاستيلاد فإنه آكد، ولهذا يعتق من جميع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلادها ولا يجوز بيعها، والمدبر بخلاف ذلك، فعلى هذا إذا مات المدبر عتق نصيبه إن خرج من الثلث، وهل يسرى إلى نصيب شريكه إن كان موسرًا؟ فيه روايتان ذكرهما الخرقى فى غير هذا الموضع، وإن أعتق الشريك نصيبه قبل موت المدبر وهو موسر عتق وسرى إلى نصيب المدبر.

وذكر القاضى وأبو الخطاب فيها وجهين وللشافعى فيها قولان: **أحدهما**: كقولنا، **والثانى**: لا يسرى عتقه وهو قول أبى حنيفة، لأن المدبر قد استحق الولاء على العبد بموته فلم يكن للآخر إبطاله.

ولنا: قوله ﷺ: «من أعتق شركًا له فى عبد فكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم وإلا فقد عتق منه ما عتق»(٥) ولأنه إذا سرى إلى إبطال الملك الذى هو آكد من الولاء فالولاء أولى، وما ذكروه لا أصل له ويبطل بما إذا علق عتق نصيبه بصفة.

فصل: وإن دبر كل واحد منهما نصيبه فمات أحدهما عتق نصيبه وبقى نصيب الآخر على التدبير إن لم يف ثلثه بقيمة حصة شريكه، وإن كان يفى به فهل يسرى العتق إليه؟ على روايتين، وإن قال كل واحد منهما: إذا متنا فأنت حر فقال أبو بكر: قال أحمد: إذا مات أحدهما فنصيبه حر، وظاهر هذا أن أحمد جعل هذا اللفظ تدبيرًا من كل واحد منهما لنصيبه ومعناه إذا مات كل واحد منا فنصيبه حر فإنه قابل الجملة بالجملة فيصرف إلى مقابلة البعض بالبعض كقوله ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا رماحهم يريد لبس كل إنسان ثوبه

لأنه علق العتق بصفة فلا يبطل كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، **والثانية**: يبطل، لأنه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية فجاز الرجوع فيه بالقول كما لو وصى له بعبد آخر وهو قول الشافعى والقديم، وقوله الجديد كالرواية الأولى، وهو الصحيح كتعليقه بصفة فى الحياة، ولا يصح القول بأنه وصية به لنفسه، لأنه لا يملك نفسه وإنما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق، ولهذا لا تقف الحرية على قبوله واختياره وتنجز عقيب الموت كتنجيزها عقيب سائر الشروط، ولأنه غير ممتنع أن يجمع الأمرين فيثبت فيه حكم التعليق فى امتناع الرجوع ويجتمعان فى حصول العتق بالموت.

---

(٥) تقدم برقم (٧/ ٣٤).

وركب دابته وأخذ رمحه، وكذلك إن قال: أعتقوا عبيدهم كان معناه أعتق كل واحد عبده، وقال القاضى: هذا تعليق للحرية بموتهما جميعًا، وإنما قال أحمد: يعتق نصيبه بناء على أن وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها ولا يصح هذا، لأنه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل واحد منهما، ولأننا قد أبطلنا هذا القول بما ذكرنا من قبل، ومقتضى قول القاضى أن لا يعتق شىء منه قبل موتهما جميعًا، وإن قال: كل واحد منهما أردت أن العبد حر بعد آخرنا موتا انبنى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت، وقد ذكرنا الخلاف فى ذلك، فإن قلنا: بجواز ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعًا، وإن قلنا لا يصح ذلك عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير وفى سرايته إلى باقيه إن كان ثلثه يحتمل ذلك روايتان. وإن قال كل واحد منهما: إذا مت قبل شريكى فنصيبى له فإذا مات فهو حر، وإن مت بعده فنصيبى حر فقد وصى كل واحد منهما للآخر، فإذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر، فإذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه كله له، إن قلنا لا يصح تعليق العتق على صفة بعد الموت، وإن قلنا يصح عتق عليهما، وولاؤه بينهما.

١٩٦٨- مسألة: قال: **(وله بيعه فى الدين)**.

ظاهر كلام الخرقى أنه لا يباع فى الدين، وقد أومأ إليه أحمد، وقال مالك: لا يباع إلا فى دين يغلب رقبة العبد، فإذا كان العبد يساوى ألفًا فكان عليه خمسمائة لم يبع العبد، وروى عن أحمد أنه قال: أنا أرى بيع المدبر فى الدين، وإذا كان فقيرًا لا يملك شيئًا رأيت أن أبيعه، لأن النبى ﷺ قد باع المدبر لما علم أن صاحبه لا يملك شيئًا غيره، باعه النبى ﷺ لما علم حاجته[٦] وهذا قول إسحاق وأبى أيوب وأبى خيثمة وقالا: إن باعه من غير حاجة أجزأناه ونقل جماعة عن أحمد جواز بيع المدبر مطلقًا فى الدين وغيره مع الحاجة وعدمها، قال إسماعيل بن سعيد: سألت أحمد عن بيع المدبر إذا كان بالرجل حاجة إلى ثمنه قال: له أن يبيعه محتاجًا كان إلى ذلك أو غير محتاج وهذا والصحيح.

وروى مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعى وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبى والنخعى وابن سيرين والزهرى والثورى والأوزاعى والحسن بن صالح وأصحاب الرأى ومالك، لأن ابن عمر رضي الله عنه روى أن النبى ﷺ قال: «لا يباع المدبر ولا يشترى»[٧] ولأنه استحق العتق بموت سيده أشبه أم الولد.

ولنا: ما روى جابر رضي الله عنه: «أن رجلاً أعتق مملوكًا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ: «من يشتريه منى؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها إليه وقال: «أنت

(٦) تقدم برقم (١/ من كتاب التدبير).

(٧) أخرجه الدارقطنى فى «السنن» (٤/ ١٣٨) والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣١٤) بلفظ: المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث، ثم قيل: لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله ولا يثبت مرفوعًا، وقال الألبانى فى «الإرواء» (١٧٥٦): موضوع.

أحوج منه» متفق عليه[٨] قال جابر: عبد قبطى مات عام أول فى إمارة ابن الزبير وقال أبو إسحاق الجوزجانى: صحت أحاديث بيع المدبر باستقامة الطرق، والخبر إذا ثبت استغنى به عن غيره من رأى الناس، ولأنه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، ولأنه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع فى الحياة كالوصية، قال أحمد: هم يقولون من قال: غلامى حر رأس الشهر فله بيعه قبل رأس الشهر، وإن قال: غداً فله بيعه اليوم، وإن قال: إذا مت قال: لا يبيعه فالموت أكثر من الأجل ليس هذا قياساً إن جاز يبيعه قبل رأس الشهر فله أن يبيعه قبل مجىء الموت وهم يقولون فى من قال: إن مت من مرضى هذا فعبدى حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشىء وإن قال: إن مت فهو حر لا يباع هذا متناقض إنما أصله الوصية من الثلث فله أن يغير وصيته ما دام حياً فأما خبرهم فلم يصح عن النبى ﷺ إنما هو من قول ابن عمر وقال الطحاوى: هو عن ابن عمر وهو ليس بمسند عن النبى ﷺ ويحتمل أنه أراد بعد الموت أو على الاستحباب، أما أم الولد فإن عتقها يثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ولا يمكن إبطاله بحال والتدبير بخلافه، ووجه قول الخرقى أن النبى ﷺ إنما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة.

١٩٦٩- مسألة: قال: **(ولا تباع المدبرة فى الدين إلا فى إحدى الروايتين عن أبى عبد الله رحمه الله والرواية الأخرى الأمة كالعبد).**

لا نعلم هذا التفريق بين المدبرة والمدبر عن غير إمامنا رحمه الله، وإنما احتاط فى رواية المنع من بيعها، لأن فيه إباحة فرجها وتسليط مشتريها على وطئها مع وقوع الخلاف فى بيعها وحلها فكره الإقدام على ذلك مع الاختلاف فيه، والظاهر أن هذا المنع منه كان على سبيل الورع لا على التحريم البات، فإنه إنما قال: لا يعجبنى بيعها والصحيح جواز بيعها، فإن عائشة باعت مدبرة لها سحرتها[٩]، ولأن المدبرة فى معنى المدبر فما ثبت فيه ثبت فيها.

١٩٧٠- مسألة: قال: **(فإن اشتراه بعد ذلك رجع فى التدبير).**

وجملة ذلك: أن السيد إذا دبر عبده ثم باعه ثم اشتراه عاد تدبيره، لأنه علق عتقه بصفة فإذا باعه ثم اشتراه عادت الصفة كما لو قال: أنت حر إن دخلت الدار ثم باعه ثم اشتراه، وذكر القاضى أن هذا مبنى على أن التدبير تعليق بصفة، وفيه رواية أخرى أنه وصية فتبطل بالبيع ولا تعود، لأنه لو وصى بشىء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه، ومذهب الشافعى مثل هذا إلا أن عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان، والصحيح ما قال الخرقى، لأن التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه بل هو جامع للأمرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمها فيه.

---

(٨) تقدم برقم (١) من كتاب التدبير.

(٩) تقدم فى المسألة رقم (١٥٥٠) برقم (٧٠).

١٩٧١- **مسألة:** قال: **(ولو دبره ثم قال قد رجعت فى تدبيرى أو قد أبطلته لم يبطل لأنه علق العتق بصفة فى إحدى الروايتين، والأخرى يبطل التدبير).**

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى بطلان التدبير بالرجوع فيه قولا، فالصحيح أنه لا يبطل، لأنه علق العتق بصفة فلا يبطل كما لو قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، والثانية يبطل، لأنه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية فجاز الرجوع فيه بالقول، كما لو وصى له بعبد آخر وهذا قول الشافعى القديم، وقوله الجديد كالرواية الأولى وهو الصحيح، لأنه تعليق للعتق بصفة ولا يصح القول بأنه وصية به لنفسه، لأنه لا يملك نفسه وإنما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق، ولهذا لا تقف الحرية على قبوله ولا اختياره وتتنجز عقيب الموت كتنجزها عقيب سائر الشروط، ولأنه غير ممتنع أن يجمع الأمرين فثبت فيه حكم التعليق فى امتناع الرجوع ويجتمعان فى حصول العتق بالموت.

فصل: إذا قال السيد لمدبره: إذا أديت إلى ورثتى كذا فأنت حر فهو رجوع عن التدبير، وينبنى على الروايتين إن قلنا: له الرجوع بالقول فظاهره أنه بطل التدبير ههنا، وإن قلنا: ليس له الرجوع لم يؤثر القول شيئًا، وإن دبره كله ثم رجع فى نصفه صح إذا قلنا له الرجوع فى جميعه، لأنه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع فى تدبير نصفه، وإن غير التدبير فكان مطلقًا فجعله مقيدًا، صار مقيدًا إن قلنا بصحة الرجوع فى التدبير وإلا فلا، وإن كان مقيدًا فأطلقه صح على كل حال، لأنه زيادة فلا يمنع منها وإذا دبر الأخرس وكانت إشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه، إن قلنا بصحة الرجوع فى التدبير، لأن إشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق فى أحكامه، وإن دبر وهو ناطق ثم صار أخرس صح رجوعه بإشارته المعلومة أو كتابته، وإن لم تفهم إشارته فلا عبرة بها لأنه لا يعلم رجوعه.

فصل: وإذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره لأنه تعليق للعتق بصفة، فإن مات السيد وهو

فصل: إذا قال السيد لمدبره: إذا أديت إلى ورثتى كذا فأنت حر فهو رجوع عن التدبير، وينبنى على الروايتين إن قلنا: إن له الرجوع بالقول بطل التدبير، وإن قلنا: ليس له الرجوع لم يؤثر هذا القول شيئًا، وإن دبره كله ثم رجع فى نصفه صح، إذا قلنا بصحة الرجوع فى جميعه، لأنه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع فى تدبير نصفه وإن غير التدبير فكان مطلقًا فجعله مقيدًا، وإن قلنا: يصح الرجوع وإلا فلا، فإن كان مقيدًا فأطلقه صح على كل حال، لأنه زيادة فلا يمنع منها وإذا دبر الأخرس وكانت إشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه، إن قلنا بصحة الرجوع فى التدبير، لأن إشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق فى أحكامه، وإن دبر وهو ناطق ثم خرس صح رجوعه بإشارته المعلومة أو كتابته، وإن لم تفهم إشارته فلا عبرة بها، لأنه لا يعلم رجوعه.

فصل: وإذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره لأنه تعليق للعتق بصفة، فإن مات السيد وهو

رهن عتق وأخذ من تركة سيده قيمته فتكون رهنًا مكانه، لأن عتقه بسبب من جهة سيده فأشبه ما لو باشره بالعتق ناجزًا.

فصل: وإن ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره، لأن ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالعتق والهبة والبيع إن كان مقدورًا عليه، فإن سباه المسلمون لم يملكوه لأنه مملوك لمعصوم ويرد إلى سيده إن علم به قبل قسمته ويستتاب، فإن تاب وإلا قتل وإن لم يعلم به حتى قسم لم يرد إلى سيده **في إحدى الروايتين، والأخرى:** إن اختار سيده أخذه بالثمن الذى حسب به على آخذه أخذه، وإن لم يختر أخذه بطل تدبيره ومتى عاد إلى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره، وإن لم يعد إلى سيده بطل تدبيره كما لو بيع وكان رقيقًا لمن هو فى يده، وإن مات سيده قبل سبيه عتق فإن سبى بعد هذا لم يرد إلى ورثة سيده، لأن ملكه زال عنه بحريته فصار كأحرار دار الحرب ولكن يستتاب، فإن تاب وأسلم صار رقيقًا يقسم بين الغانمين، وإن لم يتب قتل ولم يجز استرقاقه، لأنه لا يجوز إقراره على كفره، وقال القاضى: لا يجوز استرقاقه إذا أسلم وهو قول الشافعي لأن فى استرقاقه إبطال ولاء المسلم الذى أعتقه.

ولنا: أن هذا لا يمنع قتله وإذهاب نفسه وولائه فلأن لا يمنع تملكه أولى، ولأن المملوك الذى لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغانمين إذا لم يعرف مالكه بعينه ويثبت فيه إذا قسم قبل العلم بمالكه، والملك آكد من الولاء فلأن يثبت مع الولاء وحده أولى.

رهن عتق وأخذ من تركته قيمته فتكون رهنًا مكانه، لأنه عتق بسبب من جهة سيده فأشبه ما لو باشره بالعتق ناجزًا.

فصل: وإن ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره، لأن ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالعتق والهبة والبيع، إن كان مقدورًا عليه فإن سباه المسلمون لم يملكوه، لأنه مملوك لمعصوم ويرد إلى سيده إن علم به قبل قسمه ويستتاب، فإن تاب وإلا قتل، وإن لم يعلم به حتى قسم لم يرده إلى سيده فى إحدى الروايتين، والأخرى إن اختار سيده أخذه بالثمن الذى حسب به على آخذه أخذه، وإن لم يختر أخذه بطل تدبيره ومتى عاد إلى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره وإن لم يعد إلى سيده تدبيره كما لو بيع وكان رقيقًا لمن هو فى يده، وإن مات سيده قبل سبيه عتق فإن سبى بعد هذا لم يرد إلى ورثة سيده، لأن ملكه زال عنه بحريته فصار كأحرار دار الحرب، ولكن يستتاب فإن تاب وأسلم صار رقيقًا يقسم بين الغانمين، وإن لم يتب قتل ولم يجز استرقاقه، لأنه لا يقر على كفره، وقال القاضى: لا يجوز استرقاقه إذا أسلم، وهو قول للشافعى لأن فى استرقاقه إبطال ولاء المسلم الذى أعتقه.

ولنا: أن هذا لا يمنع قتله وإذهاب نفسه وولائه، فلأن لا يمنع تملكه أولى، ولأن المملوك الذى لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغانمين إذا لم يعرف مالكه بعينه ويثبت فيه إذا قسم قبل العلم بمالكه، والملك آكد من الولاء فلأن يثبت مع الولاء وحده أولى.

فعلى هذا لو كان المدبر ذميًا فلحق بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ثم قدر عليه المسلمون فسبوه ملكوه وقسموه، وعلى قول القاضى ومذهب الشافعى لا يملكونه، فإن كان سيده ذميًا جاز استرقاقه فى قول القاضى ولأصحاب الشافعى فى استرقاقه وجهان:

أحدهما: يجوز، وهذا حجة عليهم لأن عصمة مال الذمى كعصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه سواء كان مسلمًا أو ذميًا ووجوب ضمانه وتحريم تملك ماله إذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون فأدركه صاحبه قبل القسمة.

وقال القاضى: الفرق بينهما أن سيده هٰهنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتقه بخلاف المسلم، قلنا: إنما جاز استرقاق سيده، لزوال عصمته وذهاب عاصمه وهو ذمته وعهده، وأما إذا ارتد مدبره فإن عصمة ولائه ثابتة بعصمة من له ولاؤه وهو والمسلم فى ذلك سواء فإذا جاز إبطال ولاء أحدهما جاز فى الآخر مثله.

فصل: فإن ارتد سيده المدبر، فذكر القاضى أن المذهب أنه يكون موقوفًا، فإن عاد إلى الإسلام فالتدبير باق بحاله لأنا تبينا أن ملكه لم يزل، وإن قتل أو مات على ردته لم يعتق المدبر لأنا تبينا أن ملكه زال بردته.

وقال أبو بكر: قياس قول أبى عبد الله أن تدبيره يبطل بالردة، فإن عاد إلى الإسلام استأنف التدبير، وقال الشافعى: التدبير باق ويعتق بموت سيده، لأن تدبيره سبق ردته فهو

فعلى هذا لو كان المدبر ذميًا فلحق بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ثم قدر عليه المسلمون فسبوه ملكوه وقسموه، وعلى قول القاضى وقول الشافعى لا يملكوه فإن كان سيده ذميًا جاز استرقاقه فى قول القاضى، ولأصحاب الشافعى فى استرقاقه وجهان:

أحدهما: يجوز وهذا حجة عليهم، لأن عصمة مال الذمى كعصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه سواء كان مسلمًا أو ذميًا ووجوب ضمانه وتحريم تملك ماله إذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون أدركه صاحبه قبل قسمه، قال القاضى: الفرق بينهما أن سيده ههنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتيقه بخلاف المسلم، قلنا: إنما جاز استرقاق سيده لزوال عصمته وذهاب عاصمه، وهو ذمته وعهده وأما إذا ارتد مدبره، فإن عصمة ولائه ثابتة بعصمة من له ولاؤه وهو والمسلم فى ذلك سواء فإذا جاز إبطال أحدهما جاز فى الآخر مثله.

فصل: فإن ارتد سيد المدبر، فذكر القاضى أن المذهب أنه يكون موقوفًا، فإن عاد إلى الإسلام فالتدبير باق بحاله، وإلا تبينا أن ملكه لم يزل، وإن قتل أو مات على ردته لم يعتق المدبر، لأنا تبينا أن ملكه زال بردته.

وقال أبو بكر: قياس قول أبى عبد الله أن تدبيره يبطل بالردة، فإن عاد إلى الإسلام استأنف التدبير، وقال الشافعى: التدبير باق ويعتق بموت سيده، لأن تدبيره سبق ردته؟ فهو كبيعه وهبته قبل ارتداده وهذا ينبنى على القول فى مال المرتد هل هو باق على ملكه أو قد

كبيعه وهبته قبل ارتداده، وهذا ينبنى على القول فى مال المرتد هل هو باق على ملكه أو قد زال بردته؟ وقد ذكر فى باب المرتد، فأما إن دبر فى حال ردته فتدبيره مراعى، فإن عاد إلى الإسلام تبينا أن تدبيره وقع صحيحًا وإن قتل أو مات على ردته تبينا أنه وقع باطلاً ولم يعتق المدبر، وقال ابن أبى موسى: تدبيره باطل وهذا قول أبى بكر لأن الملك عنده يزول بالردة وإذا أسلم رد إليه تملكًا مستأنفًا.

زال بردته، وسيذكر فى باب المرتد، فأما إن دبر فى حال ردته فتدبيره مراعًى، إن عاد إلى الإسلام تبينا أن تدبيره وقع صحيحًا، وإن قتل أو مات تبينا أنه وقع باطلاً ولم يعتق المدبر، وقال ابن أبى موسى: تدبيره باطل، وهو قول أبى بكر، لأن المال يزول بالردة، وإذا أسلم رد إليه تملكًا مستأنفًا.

8- مسألة: (وله بيع المدبر وهبته وإن عاد إليه عاد التدبير، وعنه لا يباع إلا فى الدين وعنه لا تباع الأمة خاصة).

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى بيع المدبر فنقل عنه جماعة جواز بيعه مطلقًا فى الدين وغيره مع الحاجه وعدمها، قال إسماعيل بن سعد: سألت أحمد عن بيع المدبر إذا كان بالرجل حاجة إلى ثمنه فقال: له أن يبيعه محتاجًا كان أو غير محتاج، قال شيخنا: وهذا هو الصحيح.

وروى مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعى وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبى والنخعى وابن سيرين والزهرى والثورى والأوزاعى وأصحاب الرأى ومالك، لأن ابن عمر روى أن النبى ﷺ قال: «لا يباع المدبر ولا يشترى» ولأنه استحق العتق بموت سيده أشبه أم الولد.

ولنا: ما روى جابر أن رجلاً أعتق مملوكًا له عن دبر فاحتاج، فقال رسول الله ﷺ: «من يشتريه منى؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها إليه وقال: «أنت أحوج منه» متفق عليه، قال جابر: عبد قبطى مات عام أول فى إمارة ابن الزبير، قال أبو إسحاق الجوزجانى: صحت أحاديث بيع المدبر باستقامة الطرق، والخبر إذا ثبت استغنى به عن غيره من رأى الناس، ولأنه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، ولأنه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع فى الحياة كالوصية، قال أحمد: هم يقولون من قال: غلامى حر رأس الشهر فله بيعه قبل رأس الشهر، فإن قال: غدًا فله بيعه اليوم، وإن قال: إذا مت قال: لا يبيعه فالموت أكثر من الأجل ليس هذا قياسًا إن جاز أن يبيعه قبل رأس الشهر فله أن يبيعه قبل مجىء الموت وهم يقولون فى من قال: إن مت من مرضى هذا فعبدى حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشىء فإن قال: إن مت فهو حر لا يباع، هذا متناقض إنما أصله الوصية من الثلث فله أن يغير وصيته ما دام حيًا فأما خبرهم فلم يصح عن النبى ﷺ إنما هو من قول ابن عمر قال الطحاوى: هو عن ابن عمر وليس بمسند

١٩٧٢- **مسألة:** قال: (**وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فولدها بمنزلتها**).

وجملته: أن الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لا يخلو من حالين: **أحدهما**: أن يكون موجودًا حال تدبيرها ويعلم ذلك بأن تأتى به لأقل من ستة أشهر من حين التدبير، فهذا

عن رسول الله ﷺ ويحتمل أنه أراد بعد الموت أو على الاستحباب ولا يصح قياسه على أم الولد، لأن عتقها ثبت بغير اختيار سيدها، وليس بتبرع، ويكون من جميع المال، ولا يمكن إبطاله بحال، والتدبير بخلافه والهبة كالبيع، لأنها تمليك فى الحياة فأشبهت البيع، وروى عنه رواية ثانية أنه لا يباع إلا فى الدين، وهو ظاهر كلام الخرقى، وقال مالك: لا يباع إلا فى دين يغلب رقبة العبد، فإذا كان العبد يساوى ألفًا، وكان عليه خمسمائة لم يبع، وروى عن أحمد أنه قال: أنا أرى بيع المدبر فى الدين، وإذا كان فقيرًا لا يملك شيئًا رأيت أن أبيعه، لأن النبى ﷺ باع المدبر لما علم أن صاحبه لا يملك شيئًا غيره، باعه النبى ﷺ لما علم من حاجته وهذا قول إسحاق وأبى أيوب وأبى خيثمة وقال: إن باعه من غير حاجة أجزناه، وهذا مثل الرواية الأولى، ووجه قول الخرقى والرواية التى قال أحمد إنه يرى بيعه فى الدين وإذا كان صاحبه فقيرًا لا يملك غيره حديث جابر المذكور فإن النبى ﷺ إنما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضوع الحاجة، وعن أحمد رواية رابعة أن الأمة لا تباع خاصة، قال شيخنا: لا نعلم هذا التفريق بين المدبر والمدبرة عن غير إمامنا رحمه الله وإنما احتاط فى رواية المنع من بيعها، لأن فيه إباحة فرجها وتسليط مشتريها على وطئها مع الخلاف فى بيعها وحلها فكره الإقدام على ذلك مع الاختلاف فيه والظاهر أن المنع منه كان على سبيل الورع لا على التحريم، فإنه إنما قال: لا يعجبنى بيعها، والصحيح جواز بيعها، فإن عائشة باعت مدبرة لها سحرتها، ولأن المدبرة فى معنى المدبر فما ثبت فيه ثبت فيها.

9- **مسألة:** (**وإن عاد إليه عاد التدبير**).

لأنه علق عتقه بصفة فإذا باعه ثم عاد إليه عادت الصفة كما لو قال: أنت حر إن دخلت الدار فباعه ثم اشتراه، وذكر القاضى أن هذا مبنى على أن التدبير تعليق بصفة وفيه رواية أخرى أنه وصية فيبطل بالبيع ولا يعود، لأنه لو وصى بشىء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه، وهذا مذهب الشافعى إلا أن عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان، والصحيح أن الصفة تعود بعوده إلى ملكه، لأن التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه بل هو جامع لأمرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمهما فيه.

10- **مسألة:** (**وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلتها ولا يتبعها ولدها من قبل التدبير**).

وجملة ذلك أن الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لا يخلو من حالين: **أحدهما**: أن يكون موجودًا حال تدبيرها ويعلم ذلك بأن تأتى به لأقل من ستة أشهر من حين التدبير فهذا

يدخل معها فى التـدبير بلا خلاف نعلمه، لأنه بمنزلة عضو من أعضائهـا فإن بطل التدبير فى الأم لبيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل فى الولد، لأنه ثبت فيه أصلاً، **الحال الـثانى:** أن تحمل به بعد التدبير فـهذا يتبع أمه فى التدبير ويكون حكمه كحكمهـا فى العتق بموت سيدها فى قول أكثر أهل العلم، روى ذلك عن ابن مسعود[١٠] وابن عمر، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجـاهد والشعبى والنخعى وعمر بن عبـد العزيز والزهرى ومالك والثورى والحسن بن صالح وأصحاب الرأى.

وذكر القـاضى أن حنبلاً نقل عن أحـمد أن ولد المدبرة عـبد إذا لم يشرط المـولى قال: فظاهر هذا أنه لا يتبعها ولا يعتق بموت سيدها وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وللشافعى قولان كالمـذهبين: **أحـدهمـا:** لا يتبعها، وهو اختيار المزنى، لأن عـتقها معلق بصفة تثبت بقول المعتق وحده فأشبهت من علق عتقها بدخول الدار، قال جابر بن زيد: إنما هو بمنزلة الحائط تصدقت به إذا مت، فإن ثمرته لك ما عشت ولأن التدبير وصية وولد الموصى بها قبل الموت لسيدها.

ولنا: ما روى عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قالوا: ولد المدبرة بمنزلتها[١١] ولم تعرف لهم فى الصحابة مخالفًا فكان إجماعًا، ولأن الأم استحقت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها

يدخل معها فى التدبير بغير خلاف نعلمـه، لأنه كعضو من أعضائها، فإن بطل التدبير فى الأم لبيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل فى الولد، لأنه ثبت أصلاً، **الحال الثانى:** أن تحمل به بعد التدبير فهذا يتبع أمه فى التدبير ويكون حكمه حكمها فى العتق بموت سيدها فى قول أكثر أهل العلم، روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه قال سـعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجاهد والشعبى والنخعى وعمر بن عـبد العزيز والزهرى ومالك والثورى والحسن بن صالح وأصحاب الرأى، وذكـر القاضى أن حنبلاً نقل عن أحـمد أن ولد المدبرة عبـد إذا لم يشترط المولى قال: فظاهر هذا أنه لا يتبعها ولا يعتق بموت سيدها، وهذا قول جابر بن زيد وعطاء، وللشافعى قولان كالمذهبين: **أحدهما:** لا يتبعها وهو اختيار المزنى، لأن عتقها يتعلق بصفة ثبت بقول المعـتق وحده فأشبهت من علق عـتقها بدخول الدار، قـال جابر بن زيد: إنما هو بمنزلة الحـائط تصـدقت به إذا مت، فإن ثمـرته لك مـا عشت، ولأن التـدبيـر وصيـة وولد الموصى بها قبل الموت لسيدها.

ولنا: ما روى عن عمر وابن عمر وجابـر أنهم قالوا: ولد المدبرة بمنزلتها ولم نعرف لهم فى الصحابة مخالفًا فكان إجماعًا، ولأن الأم استحقت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كأم الولد، ويفارق التعليق بصفـة فى الحياة والوصية، لأن التدبير آكـد من كل واحد منهما، لأنه

---

(١٠) رواه ابن أبى شيبة فى «المصنف» من كتاب «البيوع» (٦/ ١٦٥).

(١١) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣١٥) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ١٤٤).

كأم الولد، ويفارق التعليق بصفة فى الحياة والوصية من جهة أن التدبير آكد من كل واحد منهما، لأنه اجتمع فيه الأمران وما وجد فيه سببان آكد مما وجد فيه أحدهما، وكذلك لا تبطل بالموت ولا بالرجوع عنه، فعلى هذا إن بطل التدبير فى الأم لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل فى ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت أمه باقية على التدبير فإن لم يتسع الثلث لهما جميعًا أقرع بينهما فأيهما وقعت القرعة عليه عتق إن احتمله الثلث، وإلا عتق منه بقدر الثلث، وإن فضل من الثلث بعد عتقه شيء كمل من الآخر كما لو دبر عبدًا وأمه معًا، وأما الولد الذى وجد قبل التدبير فلا نعلم خلافًا فى أنه لا يتبعها، لأنه لا يتبع فى العتق المنجز ولا فى حكم الاستيلاد ولا فى الكتابة، فلأن لا يتبع فى التدبير أولى قال الميمونى: قلت لأحمد: ما كان من ولد المدبرة قبل أن تدبر يتبعها، قال: لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك، إنما يتبعها ما كان بعدما دبرت.

وقال حنبل: سمعت عمى يقول فى الرجل يدبر الجارية ولها ولد؟ قال ولدها معها، وجعل أبو الخطاب هذه رواية فى أن ولدها قبل التدبير يتبعها، وهذا بعيد، والظاهر أن أحمد لم يرد أن ولدها قبل التدبير معها، وإنما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به فى غير هذه الرواية، فإن ولدها الموجود لا يتبعها فى عتق ولا كتابة ولا استيلاد ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الأسباب الناقلة للملك فى الرقبة.

فصل: فإن علق عتق أمته بصفة نظرنا، فإن كانت حاملاً حين التعليق تبعها فيه، لأنه كعضو من أعضائها، وإن كانت حاملاً حين وجود الصفة عتق معها لذلك، وإن حملت بعد

اجتمع فيه الأحرار وما وجد فيه سببان آكد مما وجد فيه أحدهما، ولذلك لا يبطل بالموت ولا بالرجوع عنه، فعلى هذا إن بطل التدبير فى الأم لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل فى ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت أمه باقية على التدبير، فإن لم يتسع الثلث لهما جميعًا أقرع بينهما فأيهما خرجت القرعة له عتق إن احتمله الثلث وإلا عتق منه بقدر الثلث، وإن فضل من الثلث بعد عتقه شيء كمل من الآخر كما لو دبر عبدًا أو أمة معًا، فأما الولد الذى وجد قبل التدبير فلا يتبعها، فإنه لا يتبع فى العتق المنجز ولا فى حكم الاستيلاد ولا فى الكتابة، فأن لا يتبع فى التدبير أولى، قال الميمونى: قلت لأحمد: ما كان منه ولد المدبرة قبل أن تدبر، قال: لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك إنما يتبعها ما كان بعدما دبرت، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى أنه يتبعها فى التدبير كالموجود بعده، لأن حنبلاً قال: سمعت عمى يقول فى الرجل يدبر الجارية ولها ولد قال: ولدها معها، قال شيخنا: وهذا بعيد والظاهر أن أحمد إنما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به فى غير هذه الرواية، فإن ولدها لا يتبعها فى شيء من الأسباب التى تنقل الملك فى الرقبة من البيع والهبة والوقف، ولا يتبعها فى الاستيلاد الذى هو آكد من التدبير فأن لا يتبعها فى التدبير أولى.

التعليق وولدت قبل وجود الصفة، لم يتبعها فى الصفة ولم يعتق بوجودها، وفيه وجه آخر: أنه يعتق بها ويتبع أمه فى ذلك، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ووجه اتباعه إياها أنها استحقت الحرية فتبعها ولدها كالمدبرة.

ولنا: أنه يملكها ملكًا كاملاً ويباح له التصرف فى رقبتها بأنواع التصرفات بغير خلاف، فلم يعتق ولدها بعتقها كالموصى بعتقها أو الموكل فيه، وتفارق المدبرة، فإن التدبير آكد لما ذكرنا، ولهذا اختلف فى جواز بيعها والتصرف فيها.

فصل: فأما ولد المدبر، فحكمه حكم أمه لا نعلم فيه خلافًا ، وهذا قول ابن عمر وعطاء والزهرى والأوزاعى والليث، وذلك لأن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية، وإن تسرى بإذن سيده فولد له أولاد، فروى عن أحمد أنهم يتبعونه فى التدبير، وروى ذلك عن مالك، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأن إباحة التسرى تنبنى على ثبوت الملك، وولد الحر من أمته يتبعه فى الحرية دونها، كذلك ولد المدبر من أمته يتبعه دونها، ولأنه ولد من يستحق الحرية من أمته فيتبعه فى ذلك كولد لمكاتب من أمته.

فصل: وإذا ولدت المدبرة فرجع فى تدبيرها وقلنا بصحة الرجوع، لم يتبعها ولدها ، لأن الولد المنفصل لا يتبع فى الحرية ولا فى التدبير ففى الرجوع أولى، وإن رجع فى تدبيره وحده جاز، لأنه إذا جاز الرجوع فى الأم المباشرة بالتدبير، ففى غيرها أولى، وإن رجع فى تدبيرها جاز كما لو دبرها وابنها المنفصل، وإن دبرها حاملاً ثم رجع فى تدبيرها حال حملها، لم يتبعها الولد فى الرجوع، لأن التدبير إعتاق، والإعتاق مبنى على التغليب والسراية والرجوع

فصل: فأما ولد المدبر فحكمه حكم أمه بغير خلاف علمناه ، وهو قول ابن عمر وعطاء والزهرى والأوزاعى والليث، لأن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية فإن تسرى المدبر بإذن سيده فولد له، فروى عن أحمد أنهم يتبعونه فى التدبير، وروى ذلك عن مالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، لأن إباحة التسرى تبنى على ثبوت الملك وولد الحر من أمته يتبعه فى الحرية دون أمه، كذلك ولد المدبر أمته يتبعه دونها، ولأنه ولد من يستحق الحرية من أمته فيتبعه في ذلك كولد المكاتب من أمته.

فصل: وإذا ولدت المدبرة فرجع فى تدبيرها، وقلنا بصحة الرجوع لم يتبعها ولدها ، لأن الولد المنفصل لا يتبع فى الحرية ولا فى التدبير، ففى الرجوع أولى، فإن رجع فى تدبيرهما جاز كما لو دبرها وابنه المنفصل، وإن دبرها حاملاً ثم رجع فى تدبيرها حال حملها، لم يتبعها الولد فى الرجوع، لأن التدبير إعتاق والإعتاق مبنى فى التغليب والسراية، والرجوع عنه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه وهذا كما لو ولد له توأمان فأقر بأحدهما لحقاه جميعًا، وإن نفى أحدهما لم ينتف الآخر، وإن رجع فى أحدهما دون الآخر جاز، وإن دبر الولد دون أمه أو الأم دون ولدها جاز، لأنه يجوز أن يعتق كل واحد منهما دون صاحبه فجواز أن يدبر

عنه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه، وهـذا كما لو ولد له توأمان فأقر بأحدهما لزمـاه جميعًا، وإن نفى أحدهما لم ينـتف الآخر، وإن رجع فيهمـا جميعًا جـاز، وإن رجع فى أحدهما دون الآخر جـاز، وإن دبر الولد دون أمه أو الأم دون ولدها جـاز، لأنه يجوز أن يعـتق كل واحد منهمـا دون صاحبه، فـجواز أن يدبر أحدهما دون صـاحبه أولى، ولأنه تعليق للعتق بـصفة، فجاز فى أحـدهما دون الآخر، كالتعليق بدخول الدار، وإن دبر أمـته ثم قال: إن دخلت الدار فقد رجعت فـى تدبيرى لم يصح، لأن الرجوع لا يصح تعليقه بصفـة، وإن قال: كلما ولدت ولدًا فقد رجعت فى تدبيره لم يصح لذلك.

فـصل: وإذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها فى ولدها فقالت: ولدتهم بعد تدبيرى فعتقوا معى، وقال الورثة: بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مـملوكون لنا فالقول قول الورثة مع أيمانهم، لأن الأصل بقاء رقـهم وانتفـاء الحرية عنهم، فـإذا لم تكن بينة فـالقول قول من يوافـق قوله الأصل.

فـصـل: وكسب المدبر فى حياة سيده لسيده وله أخذه منه، لأن التدبيـر لا يخرج عن شبهـه بالوصية بالعتق أو بالتـعليق له على صفة أو بالاستـيلاد، وكل هؤلاء كسبـهم لسيدهم فكذلك المدبر، فإن اختلف هو وورثة سيده فيما فى يده بعد عتقه، فقال: كسبته بعد حريتى، وقالوا: بل قبل ذلك، فـالقول قوله، لأنه فى يده ولم يثبت ملكهم عليـه بخلاف الولد، فإنه كان رقـيقًا لهم، فـإن أقام كل واحـد منهما بينة بدعـواه قدمت بينة الورثة عند مـن يقدم بينة الخارج، وبينة المدبر عند من يقدم بينة الداخل، وإن أقر المدبر أن ذلك كان فى يده فى حياة

أحدهما دون صـاحبه أولى، ولأنه تعليق العتق بصفـة فجاز فى أحدهما دون الآخـر كالتعليق بدخول الـدار وإن دبر أمته ثم قـال: إن دخلت الدار فقـد رجعت فى تدبيـرى لم يصح، لأن الرجوع لا يصح تعليـقه بصفة، وإن قـال: كلما ولدت ولدًا فقد رجـعت فى تدبيره لم يصح لذلك.

فـصل: إذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها فى ولدها فقـالت: ولدتهم بعد تدبيرى فعتقوا معى وقال الورثة: بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مـملوكون لنا، فالقول قول الورثة مع أيمانهم، لأن الأصل بقاء رقـهم وانتفـاء الحرية عنهم، فـإذا لم تكن بينة فـالقول قول من يوافـق قوله الأصل.

فـصل: وكسب المدبر فى حياة سيده لسيده له أخذه منه، لأن التدبير لا يخرج عن شبهه بالوصية بالعـتق أو بالتعليق له على صفة، أو بالاسـتيلاد وكل هؤلاء كسبـهم لسيدهم فكذلك المدبر، فإن اختلف هو وورثة سـيده فما بيده بعد عتـقه فقال: كسبتـه بعد حريتى وقالوا: بل قبلها فالقول قوله، لأنه فى يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد، فإنه كان رقيقًا لهم، فإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الورثة عند من يرى تقديم بينة الخارج وبينة المدبر

سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته، فالقول قول الوارث، لأن الأصل معهم، فإن أقام المدبر بينة بدعواه قبلت وتقدم على بينة الورثة إن كانت لهم بينة، لأن بينة المدبر تشهد بزيادة، وإن لم يقر المدبر بأنه كان فى يده فى حياة سيده فأقام الورثة بينة به فهل تسمع بينتهم؟ على وجهين.

١٩٧٣- **مسألة:** قال: (**وله إصابة مدبرته**).

يعنى له وطؤها، روى عن ابن عمر أنه دبر أمتين كان يطؤهما[١٢]، وممن رأى ذلك ابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء والثورى والنخعى ومالك والأوزاعى والليث والشافعى، قال أحمد: لا أعلم أحدًا كره ذلك غير الزهرى، وحكى عن الأوزاعى أنه كان يقول: إن كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده، وإن كان لا يطؤها قبله لم يطأها بعد تدبيرها.

ولنا: أنها مملوكته لم تشتر نفسها منه فحل له وطؤها، لقول الله تعالى: ﴿**أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ**﴾ (المؤمنون: ٦) وكأم الولد.

فصل: وابنة المدبرة كأمها فى حل وطئها إن لم يكن وطئ أمها، وعنه ليس له وطؤها لأن حق الحرية ثبت لها تبعًا أشبه ولد المكاتبة.

ولنا: أن ملك سيدها تام عليها فحل له وطؤها للآية وكأمها واستحقاقها للحرية لا يزيد

عند من يقدم بينة الداخل، فإن أقر المدبر أن ذلك كان فى يده فى حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته فالقول قول الوارث، لأن الأصل معهم، وإن أقام المدبر بينة بدعواه قبلت وتقدم على بينة الورثة إن كانت لهم بينة، لأن بينته تشهد بزيادة، وإن لم يقر المدبر بأنه كان له فى حياة سيده فأقام الورثة بينة به فهل تسمع بينتهم؟ على وجهين.

ا- **مسألة:** (**وله إصابة مدبرته، فإن أولدها بطل تدبيرها**).

يباح وطء أمته المدبرة، وقد روى عن ابن عمر أنه دبر أمتين وكان يطؤهما، وممن رأى ذلك ابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء والنخعى والثورى ومالك والليث والأوزاعى والشافعى، قال أحمد: لا أعلم أحدًا كره ذلك غير الزهرى، وحكى عن الأوزاعى أنه كان يقول: إن كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده، وإن كان لا يطؤها قبله لم يطأها بعد التدبير.

ولنا: أنها مملوكته لم تشتر نفسها منه فحل له وطؤها، لقول الله تعالى: ﴿**أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ**﴾ وقياسًا على أم الولد.

فصل: وابنة المدبرة مثلها فى حل وطئها إن لم يكن وطئ أمها، وعنه ليس له وطؤها، لأن حق الحرية ثبت لها تبعًا أشبه ولد المكاتبة.

---

(١٢) أخرجه مالك فى «الموطأ» (٢/ ٤/ ٨١٤) والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣١٥) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٩/ ١٤٧/ ١٦٦٩٧).

على استحقاق أمها ولا يمنع ذلك وطأها، وأما ولد المكاتبة فألحقت بأمها وأمها يحرم وطؤها فكذلك ابنتها وأم هذه يحل وطؤها فيجب إلحاقها بها وكلام أحمد محمول على أنه وطئ أمها فحرمت عليه لذلك.

ولنا: أن ملك سيدها تام فيها فحل له وطؤها للآية وكأمها واستحقاقها الحرية لا تزيد على استحقاق أمها، ولم يمنع ذلك وطأها، وأما ولد المكاتبة فألحقت بأمها وأمها يحرم وطؤها، فكذلك ابنتها، وأم هذه يحل وطؤها فيحب إلحاقها بها، وكلام أحمد محمول على أنه وطئ أمها.

فصل: فإن أولدها بطل تدبيرها، لأن مقتضى التدبير العتق من الثلث بعد الموت، والاستيلاد يقتضي ذلك مع تأكده وقوته، فإنها تعتق من رأس المال، وإن لم يملك غيرها ولا يمنع الدين عتقها فوجب أن يبطل به التدبير كملك الرقبة إذا طرأ على ملك النكاح أبطله.

12- مسألة: (وإن كاتب المدبر أو دبر المكاتب جاز).

أما تدبير المكاتب فهو صحيح، لا نعلم فيه خلافًا، لأنه تعليق لعتقه بصفة، وهو يملك إعتاقه فملك التعليق، وإن كان وصية فهو وصية بما ملك وهو الإعتاق وتصح كتابة المدبر، نص عليه أحمد، وهو قول ابن مسعود وأبي هريرة والحسن، ولفظ حديث أبي هريرة عن مجاهد قال: دبرت امرأة من قريش خادمًا لها ثم أرادت أن تكاتبه قال: فكنت الرسول إلى أبي هريرة فقال: كاتبيه فإن أدى كتابته فذاك، وإن حدث بك حدث عتق، وأراه قال: ما كان عليه له، ولأن التدبير إن كان عتقا بصفة لم يمنع الكناية كالذي علق عتقه بدخول الدار، وإن كان وصية لم يمنعها كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه، ولأن التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع أحدهما الآخر كتدبير المكاتب، وذكر القاضي أن التدبير يبطل بالكتابة، إذا قلنا: هو وصية كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه وهذا يخالف ظاهر كلام أحمد وهو غير صحيح في نفسه، ويفارق التدبير الوصية به لرجل، لأن مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منهما جميعًا العتق، فإذا اجتمعا كانا آكد لحصوله، فإنه متى فات عتقه بأحدهما حصل بالآخر، وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به، ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان، لأن الكتابة تراد للعتق والوصية تراد لحصول الملك فيه للموصى له ولا يجتمعان.

13- مسألة: (فإن أدى عتق بالكتابة وبطل التدبير وإن مات سيده قبل الأداء عتق إن حمل الثلث ما بقي من كتابة وبطلت الكتابة، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق منه وكان على الكتابة فيما بقي).

فصل: ومتى عتق بالتدبير كان ما في يده لسيده، لأنه كان له قبل العتق فيكون له بعد العتق كما لو لم يكن مكاتبًا وبطلت الكتابة، ذكره أصحابنا، ومذهب الشافعي أن ما في يده له إذا لم يكن عجز، قال شيخنا: وعندي أنه ينبغي أن يعتق ويتبعه ولده وإكسابه، لأن السيد لا

يملك إبطال كتابته لكونها عقدًا لازمًا من جهته، وإنما يملك إسقاط حقه عليه، فأما ما يستحقه المكاتب من أولاده وإكسابه فلا يتمكن السيد من أخذه ويصير كما لو أبرأه من مال الكتابة، ويحتمل أن يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط أحكامه.

14- مسألة: (**وإذا دبر شركًا له فى عبد لم يسر إلى نصيب شريكه وإن أعتق شريكه سرى إلى المدبر وغرم قيمته لسيده، ويحتمل أن يسرى فى الأول دون الثانى**).

وجملة ذلك أنه إذا دبر أحد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير إلى نصيب شريكه موسرًا كان أو معسرًا، وذكر أبو الخطاب وجهًا أنه يسرى تدبيره إذا كان موسرًا ويقوم عليه نصيب شريكه، وهو قول أبى حنيفة، لأنه استحق العتق بموت سيده فسرى ذلك فيه كالاستيلاد، وللشافعى قولان كالمذهبين.

ولنا: أنه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار، ويفارق الاستيلاد فإنه آكد، ولهذا يعتق من جميع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلادها، والمدبر بخلاف ذلك فعلى هذا إن مات المدبر عتق نصيبه، إن خرج من الثلث، وهل يسرى إلى نصيب شريكه إن كان موسرًا؟ فيه روايتان ذكرناهما فى كتاب العتق، فإن أعتق الشريك نصيبه قبل موت السيد وهو موسر عتق وسرى إلى نصيب المدبر، وذكر القاضى وأبو الخطاب فيه وجهين، وللشافعى فيها قولان: **أحدهما**: كقولنا **والثانى**: لا يسرى عتقه وهو قول أبى حنيفة، لأن فى المدبر قد انعقد سبب الولاء على العبد فلم يكن للآخر إبطاله.

ولنا: حديث ابن عمر الذى ذكرناه فى سراية العتق إلى نصيب الشريك إذا كان موسرًا، ولأنه إذا سرى إلى إبطال الملك الذى هو آكد من الولاء فالولاء أولى، وما ذكروه لا أصل له ويبطل بما إذا علق عتق نصيبه بصفة.

فصل: إذا دبر كل واحد من الشريكين نصيبه فمات أحدهما عتق نصيبه وبقى نصيب الآخر على التدبير إن لم يف ثلثه بقيمة حصة شريكه، وإن كان يفى به فهل يسرى؟ على روايتين ذكرناهما، وإن قال كل واحد منهما: إذا متنا فأنت حر فقال أبو بكر: قال أحمد: إذا مات أحدهما فنصيبه حر، فظاهر هذا أن أحمد جعل هذا اللفظ تدبيرًا من كل واحد منهما لنصيبه، ومعناه إذا مات كل واحد منا فنصيبه حر فإنه قابل الجملة بالجملة فينصرف إلى مقابلة البعض بالبعض كقوله: ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا رماحهم، يريد لبس كل إنسان ثوبه وركب دابته، وكذلك لو قال: أعتقوا عبيدهم كان معناه أعتق كل واحد عبده، وقال القاضى: هذا تعليق للحرية بموتهما جميعًا وإنما قال أحمد يعتق نصيبه، بناء على أن وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها، قال شيخنا: ولا يصح هذا، لأنه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل منهما، وسنبين هذا القول بما نذكر من بعد، ومقتضى

١٩٧٤- مسألة: قال: (**ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه إلا بشاهدين عدلين أو شاهد ويمين العبد**) .

وجملته: أن العبد إذا ادّعى على سيده أنه دبره فدعواه صحيحة، لأنه يدّعي استحقاق العتق ويحتمل أن لا تصح الدعوى، لأن السيد إذا أنكر التدبير كان بمنزلة إنكار الوصية وإنكار

قول القاضي أن لا يعتق شيء منه قبل موتهما جميعًا، فإن قال كل واحد منهما أردت أن العبد حر بعد آخرنا موتًا انبنى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت، وقد ذكرنا الخلاف في ذلك، فإن قلنا: يجوز ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعًا، وإن قلنا لا يصح عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير وفي سرايته إلى باقيه إن كان ثلثه يحتمل ذلك، روايتان، وإن قال كل واحد منهما: إذا مت قبل شريكي فنصيبي له فإذا مات فهو حر، وإن مت بعده فنصيبي حر، فقد وصى كل واحد منهما للآخر فإذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر فإذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه له كله إن قلنا: لا يصح تعليق العتق على صفة بعد الموت، وإن قلنا: يصح عتق عليهما وولاؤه بينهما.

15- **مسألة:** (**وإذا أسلم مدبر الكافر لم يقر في يده وترك في يد عدل ينفق عليه من كسبه وما فضل لسيده وإن أعوز فعليه تمامه إلا أن يرجع في التدبير ونقول بصحة رجوعه فيجبر على بيعه**) .

وجملته أنه إذا أسلم مدبر الكافر أمر بإزالة ملكه عنه لئلا يبقى الكافر مالكًا لمسلم كغير المدبر إذا قلنا بجواز بيعه ويحتمل أن يترك في يد عدل وينفق عليه من كسبه، فإن لم يكن له كسب أجبر سيده على الإنفاق عليه، لأنه ملكه، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه بناء على أن المدبر لا يجوز بيعه، ولأن في بيعه إبطال سبب العتق فكان إبقاؤه أصلح كأم الولد، فإن قلنا ببيعه فباعه بطل تدبيره، وإن قلنا يترك في يد عدل فإنه يستنيب من يتولى استعماله واكتسابه وينفق عليه من كسبه وما فضل فلسيده، وإن لم يف كسبه بنفقته فالباقي على سيده وإن اتفق هو وسيده على المخارجة جاز وينفق على نفسه مما فضل من كسبه، فإذا مات سيده عتق إن خرج من الثلث وإلا عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة إن كانوا كفارًا وإن أسلموا بعد الموت ترك، فإن رجع سيده في تدبيره وقلنا بصحة رجوعه بيع عليه، وإن كان المدبر مستأمنًا فأراد الرجوع به إلى دار الحرب ولم يكن أسلم لم نمنعه منه، وإن كان قد أسلم منع، لأننا نحول بينه وبينه في دار الإسلام فأولى، أن يمنع من التمكن منه في دار الحرب.

16- **مسألة:** (**ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه إلا بشاهدين وهل يحكم بشاهد وامرأتين أو شاهد ويمين العبد؟ على روايتين**) .

إذا ادعى العبد على سيده أنه دبره صحت دعواه، لأنه يدعي استحقاق العتق ويحتمل أن.

الوصية رجوع عنها فى أحد الوجهين، فيكون إنكار التدبير رجوعًا عنه والرجوع عنه يبطله فى أحد الوجهـين فتبطل الدعوى، والصحيـح أن الدعوى صحيحة لأن الصـحيح أن الرجوع عن التدبيـر لا يبطله ولو أبطله فمـا ثبت كون الإنكار رجوعـًا، ولو ثبت ذلك فلا يتـعين الإنكار جوابًا للدعوى فإنه يجوز أن يكون جوابها إقرارًا، فإذا ثبت هذا فإن السيد إن أقر فلا كلام وإن أنكر ولم تكن للعبـد بينة فالقول قول المنكر مع يـمينه، لأن الأصل عدمه، وإن كانـت للعبد بينة حكم بها ويقبل فـيه شاهدان عدلان بلا خلاف، وإن لم يكن له إلا شـاهد واحد، وقال: أنا أحلف معـه، أو شاهد وامرأتان ففـيه روايتان: **إحـداهـمـا:** لا يحكم به، وهـو مـذهب الشافعى، لأن الثـابت به الحرية، وكمال الأحكام، وهذا ليس بمال ولا المقـصود منه المال، ويطلع عليه الرجال فى غالب الأحوال فأشبه النكاح والطلاق، **والثانية:** يثبت بذلك لأنه لفظ يزول به ملكه عن مـملوكه فأشـبه البيع وهذا أجـود، لأن البينة إنما تراد لإثـبات الحكم على المشـهود عليه، وهى فى حـقه إزالة ملكه عن ماله، فـثبت بهذا، وإن حصل به غـرض آخر للمشـهود له فلا يمنـع ذلك من ثبوته بهذه البـينة، ولأن العتق ممـا يتشوف إلـيه ويبنى على التغليب والسراية فينبغى أن يسهل طريق إثباته، وإن كان الاختلاف بين العبيد وورثة السيد بعد موته فـهو كمـا لو كان الخلاف مع الـسيد إلا أن الدعـوى صحيـحة بغيـر خلاف، لأنهم لا

لا تصح الدعوى، لأن السيد إذا أنكر التدبير كـان بمنزلة إنكار الوصية، وإنكار الوصية رجوع عنهـا فى أحد الوجـهين، فـيكون إنكار التـدبير رجـوعًا عنـه والرجوع عنه يبطله فى إحـدى الروايتين، والصحيح أن الدعوى صحيـحة، لأن الرجوع عن التدبير لا يبطله فى الصحيح من المـذهب ولو أبطله فمـا ثبت كون الإنكـار رجوعـًا ولو ثبت ذلك فلا يتـعين الإنكار جـوابًا للدعوى، فإنـه يجوز أن يقر، إذا ثبت هذا فإن أقر الـسيد فلا كلام وإن أنكر ولـم تكـن للعقد بينة فالقول قول السيد مع يمينه، لأن الأصل عدمه، فإن كانت للعبد بينة حكم بها ويقبل فيها شاهدان عـدلان بغيـر خلاف، فإن لم يكن إلا شـاهد واحد وقـال: أنا أحلف معـه أو شاهد وامـرأتان لم يحكم له به **فى إحـدى الروايتـين** وهو مذهب الشافـعى، لأن الثابت به الحرية وكمال الأحكام وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فى غالب الأحوال أشبه النكاح والطلاق، **والثانية:** يثبت بذلك، لأنه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فأشبه البيع وهذا أجود، لأن البينة إنما تراد لإثبات الحكم على المشهود عليه وهو فى حقه إزالة ملكه عن ماله فيثبت بـهذا، وإن حصل به غرض آخر للمشهود له فـلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البينة، ولأن العتق مما يتـشوف إليه وينبنى على التغليب والسراية فينبـغى أن يسهل طريق إثباته، وإن كان الاختـلاف بين العبد وورثة السيـد بعد موته فهو كـما لو كان الاختـلاف مع السيد إلا أن الدعوى صـحيحـة بغير خـلاف، لأنهم لا يملكون الرجوع، وأيمـانهم على نفى العلم، لأن الخلاف فى فعل مـوروثهم وأيمانهم على نفى فعله وتجب اليمـين على كل واحد من الورثة،

يملكون الرجوع وأيمانهم على نفى العلم لأن الخلاف فى فعل موروثهم، وأيمانهم على نفى فعله، وتجب اليمين على كل واحد من الورثة، ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر إلى باقيه، وكذلك إن أقر، لأن إعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل.

١٩٧٥- مسألة: قال: **(وإذا دبر عبده ومات وله مال غائب أو دين فى ذمة موسر أو معسر عتق من المدبر ثلثه وكلما اقتضى من دينه شيء أو حضر من ماله الغائب شيء عتق من المدبر مقدار ثلثه كذلك من يعتق الثلث حتى كله)** .

وجملة ذلك: أن السيد إذا دبر عبده ومات وله مال سواه يفى بثلثى ماله إلا أنه غائب أو دين فى ذمة إنسان لم يعتق جميع العبد لجواز أن يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدين فيكون العبد جميع التركة، وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولهم ثلثاها فلا يجوز أن يحصل على جميعها ولكنه يتنجر عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين، لأن ثلثه حر على كل حال، لأن أسوأ الأحوال أن لا يحصل من سائر المال شيء فيكون العبد جميع التركة فيعتق ثلثه كما لو لم يكن له مال سواه وكلما اقتضى من الدين شيء، أو حضر من الغائب شيء عتق من المدبر قدر ثلثه فإذا كانت مائة وقدم من الغائب مائة عتق ثلثه الثانى، فإذا قدمت مائة أخرى عتق ثلثه الباقى، وإن بقى له دين بعد ذلك أو مال غائب لم يؤثر بقاؤه، لأن الحاصل من المال يخرج المدبر كله من ثلثه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى، ولهم وجه آخر لا يعتق منه شيء حتى يستوفى من الدين شيء أو يقدم من الغائب شيء فيعتق من العبد قدر نصفه، لأن الورثة لم يحصل لهم شيء والعبد شريكهم فلا يجوز أن يحصل على شيء ما لم يحصل لهم مثلاه،

ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر إلى باقيه، وكذلك إن أقر، لأن إعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل.

فصل: إذا دبر عبده ومات وله مال سواه يفى بثلثى ماله إلا أنه غائب أو دين فى ذمة إنسان لم يعتق من المدبر إلا ثلثه لجواز أن يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدين فيكون العبد جميع التركة، وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولهم ثلثاها فلا يجوز أن يحصل على جميعها لكنه يستحق عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين، لأن ثلثه حر على كل حال، لأن أسوأ الأحوال أن لا يحصل من سائر المال شيء فيكون العبد جميع التركة فيعتق ثلثه، وفى ذلك خلاف ذكرناه فى باب الموصى به فيما إذا وصى له بمعين ولم يكن له سوى المعين إلا مال غائب أو دين وهذا مثله فى اعتباره من الثلث، إذا ثبت هذا فإن العبد إذا عتق كله بقدوم الغائب أو استيفاء الدين تبينا أنه كان حرًا حين الموت فيكون كسبه له، لأنه إنما عتق بالتدبير ووجود الشرط الذى علق السيد حريته وهو الموت، وإنما أوقفناه للشك فى خروجه من الثلث فإذا زال الشك تبينا أنه كان حاصلاً قبل زوال الشك وإن تلف المال تبينا أنه كان ثلثاه رقيقًا ولم يعتق منه سوى ثلثه وإن تلف بعض المال رق من المدبر ما زاد على قدر ثلث الحاصل من المال.

فإن تلف الغائب ويئس من استيفاء الدين عتق ثلثه حـينئذ وملكوا ثلثيه، لأن العبد صار جميع التركة وهذا لا يصح، لأن ثلث العبد خـارج من الثلث يقينًا، وإنما الشك فى الزيادة عليه وما خرج من الثلث يقينًا يجب أن يكون يقينًا حرًا، لأن التدبير صحيح ولا خلاف فى أنه ينفذ فى الثلث ووقف هذا الثلث على العـتق مع يقين حـصول العتق فـيه ووجود المـقتـضى له وعدم الفائدة فى وقفـه لا معنى له، وكون الورثة لم يحصل لهم شىء لمـعنى اختص بهم لا يوجب أن لا يحصل له شىء مع عدم ذلك المعنى فيه، ألا ترى أنه لو أبرأ غريمه من دينه وهو جميع التركة فإنه يبرأ من ثلثه ولم يحصل للورثة شىء؟ ولو كان الدين مؤجلاً فأبرأه منه برئ من ثلثه فى الحال وتأخر استـيفاء الثلثين إلى الأجل، ولـو كان الغريم معسـرًا برئ من ثلثه فى الحال وتأخر البـاقى إلى الميسرة، ولأن تأخـير عتق الثلث لا فائدة للورثة فـيه ويفوت نفعـه للمدبر فينبغى أن لا يثبت، فإذا ثبت هذا فإن العبد إذا عتق كله بقدوم الغائب أو استيفاء الدين تبينا أنه كان حرًا حين المـوت فيكون كسبه، له لأنه إنما عتق بالتدبيـر ووجود الشرط الذى علق عليه السيد حريته وهو الموت، وإنما وقـفناه للشك فى خروجه من الثلث، فإذا زال الشك تبينا أنه كان حـاصلاً قبل زوال الشك. وإن تلف المـال تبينا أنه كان ثلثـاه رقيقًا ولم يعـتق منه سوى ثلثه، وإن تلف بعض المال رق من المدبر ما زاد على قدر ثلث الحاصل من المال.

فصل: وإن كان المدبر عبدين وله دين يخرجان من ثلث المال على تقدير حصوله أقرعنا بينهما فيعتق ممن تخرج له القرعة قدر ثلثهما وكان باقيه والعبد الآخر موقوفًا فإذا استوفى من الدين شىء كمل من عتق من وقعت له القرعة قدر ثلثه وما فضل عتق من الآخر، كذلك حتى يعتقا جميعًا أو مقدار الثلث منهمـا، وإن تعذر استيفاء الدين لم يرد العتق على قدر ثلثهما وإن خرج الذى وقعت له القرعة مستحقًا بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه.

فـصل: وإذا دبر عبدًا قيمته مائة وله مائة دينًا عـتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثه على استيفاء الثلث البـاقى، وإذا كانت له مائة حاضرة مع ذلك عـتق من المدبر ثلثاه ووقف عتق ثلثه على استيفاء الدين.

فصل: فإن دبر عبدين وله دين يخرجان من ثلث المال إذا حصل أقرعنا بينهما فعتق ممن يخرج له القرعة قدر ثلثهما وكان باقيه والـعبد الآخر موقوفًا فإذا استوفى من الدين شىء كمل من عتق من وقعت له القـرعة قدر ثلثه وما فضل عتق من الآخـر كذلك حتى يعتقا جـميعًا أو مقدار الثلث منهـما، فإن تعذر استيفـاء الدين لم يزد العتق على مقدار ثلثهـما فإن خرج الذى وقعت له القرعة مستحقًا بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه.

فـــصل: إذا دبر عبدًا قيمـته مائة وله مائة دينًا عتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثـه على استيفاء البـــاقى، وإن كانت له مائة حاضـرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثاه ووقف عتقه على اسـتيفاء الدين.

فصل: وإن دبر عبده وقيمته مائة وله ابنان وله مائتان دينًا على أحدهما عتق من المدبر ثلثاه لأن حصة الذى عليه الدين منه كالمستوفى ، ويسقط عن الذى عليه الدين منه نصفه، لأنه قدر حصته من الميراث ويبقى الآخر عليه مائة كلما استوفى منها شيئًا عتق قدر ثلثه، وإن كانت المائتان دينًا على الابنين بالسوية عتق المدبر كله، لأن كل واحد منهما عليه قدر حقه وقد حصل ذلك بسقوطه من ذمته.

فصل: فإن دبر عبدًا قيمته مائة وخلف ابنين ومائتى درهم دينًا له على أحدهما ووصى لرجل بثلث ماله عتق من المدبر ثلثه وسقط عن الغريم مائة، وكان للموصى له سدس العبد وللابنين ثلثه ويبقى سدس العبد موقوفًا، لأن الحاصل من المال ثلثاه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم وثلث ذلك مقسوم بين المدبر والوصى نصفين، فحصة المدبر منه ثلثه يعتق فى الحال ويبقى له السدس موقوفًا فكلما اقتضى من المائة الباقية شىء عتق من المدبر قدر سدسه ويكون المستوفى بين الابنين والوصى أثلاثًا فإذا استوفيت كلها حصل للابن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه وكمل فى المدبر عتق نصفه وحصل للوصى سدس العبد وثلث المائة وهو قدر حقه وإن كان الدين على أجنبى لم يعتق من المدبر إلا سدسه، لأن الحاصل من التركة هو العبد وثلثه بينه وبين الوصى الآخر، وللوصى سدسه ولكل ابن سدسه ويبقى ثلثه موقوفًا فكلما اقتضى من الدين شىء عتق من المدبر قدر سدسه، وكان المستوفى بين الابنين والوصى أسداسًا للوصى سدسه، ولهما خمسة أسداسه فيحصل لكل واحد نصف

فصل: وإن دبر عبده وقيمته مائة وله ابنان ومائتان دينًا على أحدهما عتق من المدبر ثلثاه، لأن حصة الذى عليه الدين منه كالمستوفى ، ويسقط عن الذى عليه الدين منه نصفه، لأنه قدر حصته من الميراث ويبقى للآخر عليه مائة كلما استوفى منها شيئًا عتق قدر ثلثه، فإن كانت المائتان دينًا على الاثنين بالسوية عتق المدبر كله، لأن كل واحد منهما عليه قدر حقه وقد حصل له ذلك بسقوطه من دينه.

فصل: إذا دبر عبدًا قيمته مائة وخلف ابنين ومائتى درهم دينًا له على أحدهما، ووصى لرجل بثلث ماله عتق من المدبر ثلثه وسقط عن الغريم مائة وكان للموصى سدس العبد وللابن ثلثه ويبقى سدس العبد موقوفًا، لأن الحاصل من المال ثلثاه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم وثلث ذلك مقسوم بين المدبر والوصى نصفين فحصة المدبر منه ثلثه يعتق فى الحال ويبقى له سدسه موقوفًا، فكلما اقتضى من المائة الباقية شىء عتق من المدبر قدر سدسه ويكون المستوفى بين الابن والوصى أثلاثًا، فإذا استوفيت كلها حصل للابن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه وكمل للمدبر عتق نصفه وحصل للوصى ثلث المائة وسدس العبد وهو قدر حقه، وإن كان الدين على أجنبى لم يعتق من المدبر إلا سدسه، لأن الحاصل من التركة هو العبد وثلثه بينه وبين الوصى الآخر، وللوصى سدسه، ولكل ابن سدسه، يبقى ثلثه

المائة وثلثها وسدس العبد وهو قدر حقه ويحصل لوصى سدس المائتين وسدس العبد وهو قدر حقه، ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه.

١٩٧٦- **مسألة:** قال: **(وإذا دبر قبل البلوغ كان تدبيره جائزًا إذا كان له عشر سنين فصاعدًا وكان يعرف التدبير وما قلته فى الرجل فالمرأة مثله إذا كان لها تسع سنين فصاعدًا)**.

وجملته: أن تدبير الصبى المميز ووصيته جائزة وهذا إحدى الروايتين عن مالك وأحد قولى الشافعى، قال بعض أصحابه هو أصح قوليه، وروى ذلك عن عمر وشريح وعبد الله بن عتبة، وقال الحسن وأبو حنيفة: لا يصح تدبيره كالمجنون، وهو الرواية الثانية عن مالك، والقول الثانى للشافعى، لأنه لا يصح إعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون.

ولنا: ما روى سعيد عن هشيم عن يحيى عن ابن سعيد عن أبى بكر بن محمد أن غلامًا من الأنصار أوصى لأخوال له من غسان بأرض يقال لها بئر جشم قومت بثلاثين ألفًا فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأجاز الوصية، قال يحيى بن سعيد وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتى عشرة سنة(١٣).

وروى أن قومًا سألوا عمر ﷺ عن غلام من غسان يافع وصى لبنت عمه فأجاز عمر وصيته(١٤) ولم نعرف له مخالفًا، ولأن صحة وصيته وتدبيره أحظ له بيقين لأنه ما دام باقيًا لا يلزمه، فإذا مات كان ذلك صلة وأجرًا فصح كوصية المحجور عليه لسفه، ويخالف العتق لأن فيه تفويت ماله عليه فى حياته ووقت حاجته، فأما تقييد من يصح تدبيره بمن له عشر فلقول النبى ﷺ: «اضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم فى المضاجع»(١٥) وهو قول الذى ورد فيه الخبر عن عمر ﷺ واعتبر المرأة بتسع لقول عائشة ﷺ إذا بلغت الجارية تسع سنين فهى امرأة ويروى ذلك عن النبى ﷺ مرفوعًا(١٦)، ولأنه السن الذى يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام سوى ذلك.

فصل: ويصح منه الرجوع، إن قلنا بصحة الرجوع من المكلف، لأن من صحت وصيته صح رجوعه كالمكلف، وإن أراد بيع المدبر قام وليه فى بيعه مقامه، وإن أذن له وليه فى بيعه فباعه صح منه.

موقوفًا، فكلما اقتضى من الدين شىء عتق من المدبر قدر سدسه وكان المستوفى بين الابنين والوصى أسداسًا، للوصى سدسه ولهما خمسة أسداسه فيحصل لكل واحد نصف المائة وثلثها وسدس العبد، وهو قدر حقه ويحصل للوصى سدس العبد وهو قدر حقه ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه.

---

(١٣) رواه سعيد بن منصور فى «سننه» (١/ ١٢٦/ ٤٣٠).

(١٤) تقدم برقم (جـ٨/ ٧١).

(١٥) تقدم برقم (جـ٢/ ١٩٨).

(١٦) تقدم برقم (١٠٢) مسألة (١٤١٩).

فصل: ويصح تدبير المحجور عليه لسفه، ووصيته لما ذكرنا في الصبي، ولا تصح وصية المجنون ولا تدبيره، لأنه لا يصح شيء من تصرفاته، وإن كان يجن يومًا ويفيق يومًا صح تدبيره في إفاقته.

فصل: ويصح تدبير الكافر ذميًا كان أو حربيًا في دار الإسلام ودار الحرب، لأن له ملكًا صحيحًا فصح تصرفه فيه كالمسلم، **فإن قيل:** لو كان ملكه صحيحًا لم يملك عليه بغير اختياره، **قلنا:** هذا لا ينافي الملك بدليل أنه يملك في النكاح ويملك زوجته عليه بغير اختياره، ومن عليه الدين إذا امتنع من قضائه أخذ من ماله بقدر ما عليه بغير اختياره، وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما ذكرنا، فإن أسلم مدبر الكافر أمر بإزالة ملكه عنه وأجبر عليه لئلا يبقى الكافر مالكًا للمسلم كغير المدبر، ويحتمل أن يترك في يد عدل وينفق عليه من كسبه فإن لم يكن له كسب أجبر سيده على الإنفاق عليه، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه بناء على أن بيع المدبر غير جائز، ولأن في بيعه إبطال سبب العتق وإزالة غرضيته فكان إبقاؤه أصلح فتعين كأم الولد فإن قلنا ببيعه فباعه بطل تدبيره، وإن قلنا يترك في يد عدل فإنه يستنيب من يتولى استعماله واستكسابه وينفق عليه من كسبه وما فضل فلسيده، وإن لم يف بنفقته فالباقي على سيده، وإن اتفق هو وسيده على المخارجة جاز وينفق على نفسه مما فضل من كسبه، فإذا مات سيده عتق، إن خرج من الثلث وإلا عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة إن كانوا كفارًا، وإن أسلموا بعد الموت ترك وإن رجع سيده في تدبيره، وقلنا بصحة الرجوع بيع عليه، وإن كان المدبر كمستأمن وأراد أن يرجع به إلى دار الحرب، ولم يكن أسلم لم يمنع من ذلك، وإن كان قد أسلم منع منه، لأننا نحول بينه وبينه في دار الإسلام فأولى أن يمنع من التمكن به في دار الحرب.

١٩٧٧- **مسألة:** قال: (وإذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره).

إنما يبطل تدبيره بقتله سيده لمعنيين: **أحدهما:** أنه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فعوقب بنقيض قصده وهو إبطال التدبير كمنع الميراث بقتل الموروث ولأن العتق فائدة تحصل بالموت فتنتفي بالقتل كالإرث والوصية، **والثاني:** أن التدبير وصية فتبطل بالقتل كالوصية بالمال ولا يلزم على هذا عتق أم الولد لكونه آكد، فإنها صارت بالاستيلاد بحال لا يمكن نقل الملك فيها بحال ولذلك لم يجز بيعها ولا هبتها ولا رهنها، ولا الرجوع عن ذلك بالقول ولا

17- **مسألة:** (وإذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره لأمرين):

أحدهما: أنه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فعوقب بنقيض قصده وهو إبطال التدبير كمنع الميراث بقتل الموروث، ولأن العتق فائدة تحصل بالموت فتنتفي بالقتل كالإرث والوصية، **والثاني:** أن التدبير وصية فيبطل بالقتل كالوصية بالمال، ولا يلزم على هذا عتق أم الولد لكونها آكد، فإنها صارت بالاستيلاد بحال لا يمكن نقل الملك فيها، ولذلك لم يجز

غيره، والإرث نوع من النقل فلو لم تعتق بموت سيدها لانتقل الملك فيها إلى الوارث ولا سبيل إليه بخلاف المدبر، ولأن سبب حرية أم الولد الفعل والبعضية التى حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها، وهذا آكد من القول، ولهذا انعقد استيلاد المجنون ولم ينفذ إعتاقه ولا تدبيره وسرى حكم استيلاد المعسر إلى نصيب شريكه بخلاف الإعتاق، وعتقت من رأس المال والتدبير لا ينفذ إلا فى الثلث ولا يملك الغرماء إبطال عتقها وإن كان سيدها مفلسًا بخلاف المدبر، ولا يلزم من الحكم فى موضع تأكد الحكم فيما دونه كما لم يلزم إلحاقه به فى هذه المواضع التى افترقا فيها، إذا ثبت هذا: فلا فرق بين كون القتل عمدًا أو خطأ كما لا فرق بين ذلك فى حرمان الإرث وإبطال وصية القاتل.

فصل: فأما سائر جناياته غير قتل سيده فلا تبطل تدبيره، لكن إن كانت جناية موجبة للمال أو موجبة للقصاص فعفا الولى إلى مال، تعلق المال برقبته، فمن جوز بيعه جعل سيده بالخيار بين تسليمه فيباع فى الجناية وبين فدائه، فإن سلمه فى الجناية فبيع فيها بطل تدبيره وإن عاد إلى سيده عاد تدبيره، وإن اختار فداءه وفداه بما يفدى به العبد فهو مدبر بحاله، ومن لم يجز بيعه عين فداءه على سيده كأم الولد، وإن كانت الجناية موجبة للقصاص فاقتص منه فى النفس بطل تدبيره وإن اقتص منه فى الطرف فهو مدبر بحاله، وإذا مات سيده بعد جنايته وقبل استيفائها عتق على كل حال سواء كانت موجبة للمال أو القصاص، لأن صفة العتق

بيعها ولا هبتها ولا رهنها ولا الرجوع عن ذلك القول ولا غيره، والإرث نوع من النقل فلو لم تعتق بموت سيدها انتقل الملك فيها إلى الوارث ولا سبيل إليه بخلاف المدبر، ولأن سبب حرية أم الولد الفعل والبعضية الذى حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها، وهو آكد من القول، ولهذا نفذ استيلاد المجنون ولم ينفذ إعتاقه ولا تدبيره وسرى حكم استيلاد المعسر إلى نصيب شريكه بخلاف الإعتاق وعتقت من رأس المال والتدبير لا ينفذ إلا فى الثلث ولا يملك الغرماء إبطال عتقها، وإن كان سيدها مفلسًا بخلاف المدبر ولا يلزم الحكم فى موضع تأكد الحكم فيما دونه كما يلزم إلحاقه به فى هذه المواضع التى افترقا فيها، إذا ثبت هذا فلا فرق بين كونه عمدًا أو خطأ، كما لا فرق فى ذلك فى حرمان الإرث وإبطال وصية القاتل.

فصل: فأما سائر جناياته غير قتل سيده فلا تبطل تدبيره، لكن إن كانت جناية موجبة للمال أو للقصاص فعفا الولى إلى المال تعلق المال برقبته، فمن جوز بيعه جعل سيده بالخيار بين تسليمه فيباع فى الجناية وبين فدائه، فإن سلمه فى الجناية فبيع فيها بطل تدبيره، وإن عاد إلى سيده عاد تدبيره وإن اختار فداءه وفداه بما يفدى به فهو مدبر بحاله ومن لم يجز بيعه أوجب فداءه على سيده كأم الولد، وإن كانت الجناية موجبة للقصاص فاقتص منه فى النفس بطل تدبيره، وإن اقتص منه فى الطرف فهو مدبر بحاله، وإذا مات سيده بعد جنايته وقبل استيفائها عتق على كل حال سواء كانت موجبة للمال أو للقصاص، لأن صفة العتق وجدت

وجدت فيه فأشبه ما لو باشره به، فإن كان الواجب قصاصًا استوفى سواء كانت جنايته على عبد أو حر، لأن القصاص قد استقر وجوبه عليه فى حال رقه فلا يسقط بحدوث الحرية فيه، وإن كان الواجب عليه مالاً فى رقبته فدى بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته، وإن جنى على المدبر فأرش الجناية لسيده، فإن كانت الجناية على نفسه وجبت قيمته لسيده وبطل التدبير بهلاكه، **فإن قيل**: فهلا جعلتم قيمته قائمة مقامه كالعبد المرهون والموقوف إذا جنى عليه؟ **قلنا**: الفرق بينهما من ثلاثة أوجه: **أحدها**: أن كل واحد من الوقف والرهن لازم فتعلق الحق ببدله والتدبير غير لازم لأنه يمكن إبطاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببدله، **الثانى**: أن الحق فى التدبير للمدبر فبطل حقه بفوات مستحقه والبدل لا يقوم مقامه فى الاستحقاق والحق فى الوقف للموقوف عليه وفى الرهن للمرتهن وهو باق فيثبت حقه فى بدل محل حقه، **الثالث**: أن المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سيده، فإذا هلك قبل سيده فقد هلك قبل ثبوت الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف، فإن الحق ثابت فيهما فقام بدلهما مقامهما، وبين الرهن والمدبر فرق رابع وهو أن الواجب القيمة ولا يمكن وجود التدبير فيها ولا قيامها مقام المدبر فيه، وإن أخذ عبدًا مكانه فليس هو البدل إنما هو بدل القيمة بخلاف الرهن فإن القيمة يجوز أن تكون رهنًا، **فإن قيل**: فهذا يلزم عليه الموقوف فإنه إذا قتل أخذت قيمته فاشترى بها عبد يكون وقفًا مكانه، **قلنا**: قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة

فيه فأشبه ما لو باشره به فإن الواجب قصاصًا استوفى سواء كانت جنايته على عبد أو حر، لأن القصاص قد استقر وجوبه عليه فى حال رقه فلا يسقط بحدوث الحرية فيه، وإن كان الواجب عليه مالاً فى رقبته فدى بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته، وإن جنى على المدبر فأرش الجناية لسيده، فإنه كانت الجناية على نفسه وجبت قيمته لسيده وبطل التدبير بهلاكه، **فإن قيل**: فهلا جعلتم قيمته قائمة مقامه كالعبد المرهون والموقوف، **قلنا**: الفرق بينهما من ثلاثة أوجه: **أحدها**: أن كل واحد منه الوقف والرهن لازم فتعلق الحق ببدله والتدبير غير لازم، لأنه يمكن إبطاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببدله، **الثانى**: أن الحق فى التدبير للمدبر فبطل حقه بفوات مستحقه والبدل لا يقوم مقامه فى الاستحقاق والحق فى الوقف للموقوف عليه، وفى الرهن للمرتهن، وهو باق فثبت حقه فى بدل محل حقه، **الثالث**: أن المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سيده فإذا هلك قبل وإن كان سيدها سيده فقد هلك قبل ثبوت الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف، فإن الحق ثابت فيهما فقام بدلهما مقامهما، وبين الرهن والمدبر فرق رابع وهو أن الواجب القيمة ولا يمكن وجود التدبير فيها ولا قيامها مقام المدبر فيه، وإن أخذ عبدًا مكانه فليس هو البدل إنما هو بدل القيمة بخلاف الرهن، فإن القيمة يجوز أن تكون رهنًا، **فإن قيل**: فهذا يلزم عليه الموقوف، فإنه إذا قتل أخذت قيمته فاشترى بها عبد يكون وقفًا مكانه، **قلنا**: قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة وكونه لا

وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع أن يحصل الفرق بينه وبين الرهن به.

فصل: وإذا دبر السيد عبده ثم كاتبه جاز، نص عليه أحمد، وهذا قول ابن مسعود (١٧) وأبى هريرة والحسن، ولفظ حديث أبى هريرة عن مجاهد قال: دبرت امرأة من قريش خادمًا لها، ثم أرادت أن تكاتبه، قال: فكنت الرسول إلى أبى هريرة فقال: كاتبيه فإن أدى كتابته فذاك، وإن حدث بك حدث عتق، قال: وأراه قال: على ما كان عليه له (١٨)، ولأن التدبير إن كان عتقًا بصفة لم يمنع الكتابة كالذى علق عتقه بدخول الدار، وإن كان وصية لم يمنعها كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه، ولأن التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع أحدهما الآخر كتدبير المكاتب، وذكر القاضى: أن التدبير يبطل بالكتابة إذا قلنا: هو وصية كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه، وهذا يخالف ظاهر كلام أحمد: وهو غير صحيح فى نفسه ويفارق التدبير والوصية به لرجل، لأن مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منهما جميعًا العتق فإذا اجتمعا كان آكد لحصوله، فإنه إذا فات عتقه من أحدهما حصل بالآخر وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ومقصود الوصية به يتنافيان، لأن الكتابة تراد للعتق والوصية تراد لحصول الملك فيه للموصى له ولا يجتمعان، إذا ثبت هذا فإنه إن أدى فى حياة السيد صار حرًا بالكتابة وبطل التدبير، وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير إن خرج من الثلث، وبطلت الكتابة وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق، وكان على الكتابة فيما بقى، فإن أدى البعض ثم مات سيده عتق كله وسقط باقى الكتابة إن خرج من الثلث، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط مما بقى من الكتابة بقدر ثلث المال وأدى ما بقى.

يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع أن يحصل الفرق بينه وبين الرهن به والله أعلم.

---

(١٧) رواه ابن أبى شيبة فى «المصنف» من كتاب «البيوع» (٦/ ٣٧٦).

(١٨) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣١٤) وابن أبى شيبة فى «البيوع» (٦/ ٤٧٥).

كتاب المكاتب

الكتـــابة: إعتاق السيد عـبده على مال فى ذمته يؤدى مؤجلاً، سمـيت كتابة، لأن السيد يكتب بينه وبينه كتابًا بما اتفقا عليه، وقيل: سميت كتابة من الكتب وهو الضم، لأن المكاتب يضم بعض النجـوم إلى بعض ومنه سـمى الخرز كـتابًا، لأنه يضم أحـد الطرفين إلـى الآخر بخرزة وقال الحريرى(١):

وكـــاتبـين ومـــا خطت أنـاملهم حرفًا ولا قـرءوا ما خط فى الكتب

وقال ذو الرمة فى ذلك المعنى:

وفـراء عــرفـتـه أنـأى خـوارزها مـشلشل صنعـتـه بينهـا الكتب(٢)

يصف قربة يسيل الماء من بين خرزها وسميت الكتيبـة كتيبة لانضمام بعضها إلى بعض، والمكاتب يضم بعض نجومه إلى بعض، والنجوم ههنا الأوقـات المختلفة، لأن العرب كانت لا تعرف الحساب وإنما تعرف الأوقات بطلوع النجوم كما قال بعضهم:

إذا ســـهـــيل أول الـليل طـلع فابن اللبـون الحق والحق جذع(٣)

باب الكتابة

الكتـــابة: إعتاق السيد عبده على مال فى ذمتـه يؤدى فى نجوم، سميت كتابة لأن السيد يكتب بينه وبينه كتابًا بما اتفقا عليه، وقيل: سميت كتابة من الكتب وهو الضم، لأن المكاتب بضم بعض النجـوم إلى بعض، ومنه سمى الـخرز كتـابًا، لأنه يضم أحـد طرفيه إلـى الآخر بخرزه، قال الحريرى:

وكـــاتبـين ومـــا خطت أنـاملهم حرفًا ولا قـرءوا ما خط فى الكتب

قال ذو الرمة:

وفـراء غـــرفـتـه أنـأى خـوارزها مـشلشـل صنعـتـه بينهـــا الكتب

يصف قربة يسيل الماء من بين خرزها، وسميت الكتيبة كتيبه لانضمام بعضها إلى بعض، والمكاتب يضم نجومه بعضها إلى بعض، والنجوم ههنا الأوقات المختلفة، لأن العرب كانت لا تعرف الحساب وإنما تعرف الأوقات بطلوع النجوم كما قال بعضهم:

إذا ســـهـــيل أول الـليل طـلع فـابن اللبـون الـحق والحق جـذع

---

(١) الحـريرى: هو القاسم بن على بن مـحمـد، البـصرى، صـاحب المقـامات، ولد سنة ست وأربعـين وأربعمائة، وقد توفى سنة ست عشرة وخمسمائة بالبصرة وفيات الأعيان (٤/ ٦٣ - ٦٨).

(٢) الوفراء: الواسعة: غرضـيه: دبغت بالغرف وهو شجر أنأى خوارزها: النأى أن تلتقى الخـرزتان فتصيرا واحدة. **المشلشل:** الذى يكاد يتصل قطره، الكتب: الخرز.

(٣) الحق من أولاد الإبل: الذى بلغ أن يركب ويحمل عليه ويـضرب الناقة والبعير يجذع لاسـتكماله أربعة أعوام ودخوله فى السنة الخامسة وهو قبل ذلك حق، والبيت غير مفرد، وهو فى اللسان مادة: حقق.

فسميت الأوقات نجومًا.

والأصل فى الكتابة: الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ (النور: ٣٣) وأما السنة فما روى سعيد عن سفيان عن الزهرى عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبى ﷺ قال: «إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدى فلتحتجب منه»[٤] وروى سهل ابن حنيف أن النبى ﷺ قال: «من أعان غارمًا أو غازيًا أو مكاتبًا فى كتابته أظله الله يوم لا ظل إلا ظله»[٥] فى أحاديث كثيرة سواهما، وأجمعت الأمة على مشروعية الكتابة.

فصل: إذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له إجابته إذا علم فيه خيرًا، ولم يجب ذلك فى ظاهر المذهب، وهو قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبى ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، وعن أحمد أنها واجبة إذا دعا العبد المكتسب الصدوق سيده إليها فعليه إجابته، وهو قول عطاء والضحاك وعمرو بن دينار وداود، وقال إسحاق: أخشى أن يأثم إن لم

فسميت الأوقات نجومًا.

والأصل فى الكتابة الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ وأما السنة فروى سعيد عن سفيان عن الزهرى عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبى ﷺ قال: «إذا كان لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدى فلتحتجب منه» رواه أبو داود وابن ماجه.

وروى سهل بن حنيف أن النبى ﷺ قال: «من أعان غارمًا أو غازيًا أو مكاتبًا فى كتابته أظله الله يوم لا ظل إلا ظله» فى أحاديث كثيرة سواهما، وأجمعت الأمة على مشروعية الكتابة.

أ- مسألة: (وهى مستحبة لمن يعلم فيه خير وهو الكسب والأمانة، وعنه أنها واجبة إذا ابتغاها من سيده أجبر عليها).

إذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له إجابته إذا علم فيه خيرًا، ولم يجب ذلك فى ظاهر المذهب، وهو قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبى ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، وعن أحمد أنها واجبة إذا دعى العبد المكتسب سيده إليها، وهو قول عطاء والضحاك وعمرو بن دينار وداود، وقال إسحاق: أخشى أن يأثم إن لم يفعل ولا يجبر عليها،

---

(٤) تقدم برقم (٣٤) فى المسألة رقم (١٠٤٠).

(٥) أخرجه أحمد فى «مسنده» (٣/ ٤٨٧) بلفظ: «من أعان مجاهدًا فى سبيل الله أو غارمًا فى عسرته أو مكاتبًا فى رقبته. . .» الحديث. والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٢٠) والحاكم فى «مستدركه» (٢/ ٨٩، ٢٧١) وسكتا عليه، وذكره الهيثمى فى «المجمع» (٤/ ٢٤١، ٢٤٢) وقال: رواه أحمد وفيه عبيد الله ابن سهل بن حنيف ولم أعرفه، وبقية رجاله حديثهم حسن.

يفعل ولا يجبر عليه ووجه ذلك قول الله تعالى: ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ (النور: ٣٣) وظاهر الأمر الوجوب، وروى أن سيرين أبا محمد بن سيرين كان عبدًا لأنس بن مالك فسأله أن يكاتبه فأبى فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك فرفع الدرة على أنس وقرأ عليه: ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ فكاتبه أنس[٦].

ولنا: أنه إعتاق بعوض فلم يجب كالاستسعاء والآية محمولة على الندب، قول عمر رضي الله عنه يخالف فعل أنس، ولا خلاف بينهم فى أن من لا خير فيه لا تجب إجابته، قال أحمد: الخير صدق وصلاح ووفاء بمال الكتابة، ونحو هذا قال إبراهيم وعمرو بن دينار وغيرهما، وعبارتهم فى ذلك مختلفة، قال ابن عباس: غنى وإعطاء للمال وقال مجاهد: غنى وأداء وقال النخعى: صدق ووفاء، وقال عمرو بن دينار: مال وصلاح، وقال الشافعى: قوة على الكسب وأمانة، وهل تكره كتابة من لا كسب له أو لا؟ قال القاضى: ظاهر كلام أحمد كراهيته، وكان ابن عمر رضي الله عنه يكرهه[٧]، وهو قول مسروق والأوزاعى، وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يكره، ولم يكرهه الشافعى وإسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم، لأن جويرية بنت الحارث كاتبها ثابت بن قيس بن شماس الأنصارى فأتت النبى ﷺ تستعينه فى كتابتها فأدى عنها كتابتها وتزوجها[٨]، واحتج ابن المنذر بأن بريرة كاتبت ولا حرفة لها ولم ينكر ذلك رسول الله

ووجه ذلك قول الله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ وظاهر الأمر الوجوب، وروى أن سيرين أبا محمد بن سيرين كان عبدًا لأنس بن مالك فسأله أن يكاتبه فأبى، فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك فرفع الدرة على أنس وقرأ عليه ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ فكاتبه أنس.

ولنا: أنه إعتاق بعوض فلم يجب عليه كالاستسعاء، والآية محمولة على الندب، وقول عمر يخالفه فعل أنس قال أحمد: الخير صدق وصلاح ووفاء بمال الكتابة، ونحو هذا قال إبراهيم وعمرو بن دينار وغيرهما وعبارتهم فى ذلك مختلفة، وقيل: قوة على الكسب والأمانة، قال الشافعى وقال ابن عباس: غنى وإعطاء المال، وقال مجاهد: غنى وأدء، وقال النخعى: صدق ووفاء، ولا خلاف بينهم فى أن من لا خير فيه لا تجب إجابته.

2- مسألة: (وهل تكره كتابة من لا كسب له؟ على روايتين).

قال القاضى: كلام أحمد كراهته، وكان ابن عمر يكرهه، وهو قول مسروق والأوزاعى، وعن أحمد أنه لا يكره، ولم يكرهه الشافعى وإسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم، لأن

---

(٦) علقه البخارى فى «صحيحه» (٥/ ٢١٩) والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣١٩) بمعناه، وعبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٣٧١ - ٣٧٢/ ١٥٥٧٧).

(٧) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣١٨) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٣٧٤/ ١٥٥٨٥).

(٨) أخرجه أبو داود فى «العتق» (٤/ ح٣٩٣١) وأحمد فى «مسنده» (٦/ ٢٧٧) وإسناده حسن.

ﷺ (٩) ووجه الأول ما ذكرنا فى عتقه، وينبغى أن ينظر فى المكاتب، فإن كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع لعجـزه عن الإنفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كـتابته، وإن كان يجد من يكفيه مؤنتـه لم تكره كتابته لحصول النفع بالحرية من غير ضرر، فـأما جويرية فإنها كانت ذات أهل ومـال وكانت ابنة سيد قـومه، فإذا عتـقت رجعت إلى أهلها فـأخلف الله لها خيرًا من أهلها فـتزوجها رسول الله ﷺ وصارت إحدى أمهـات المؤمنين، وأعتق الناس ما كان بأيديهم من قـومها حـين بلغهم أن رسول الله ﷺ تزوجـها وقالوا: أصهـار رسول الله ﷺ فلم ير امرأة أعظم بركة على قـومها منها، وأما بريرة فإن كتـابتها تدل على إباحة ذلك وأنه ليس بمنكر، ولا خلاف فـيه وإنما الخـلاف فى كراهته، وقـال مسروق: إذا سأل العـبد مولاه المكاتبـة فإن كان له مكسـبة أو كان له مـال فليكاتبه، وإن لم يكن له مال ولا مكسـبة فليحسن ملكته ولا يكلفه إلا طاقته.

فـــصل: ولا تصح الكتـابة إلا مـمن يصح تصرفـه، فأمـا المجنون والطفل فـلا تصح مكاتبتهما لرقيقهما ولا مكاتبة سيدهما لهما.

وأما الصبى المميز فإن كاتب عبده بإذن وليه صح، ويحتمل أن لا يصح بناء على قولنا:

جويرية بنت الحارث كـاتبها ثابت بن قيس بن شمـاس فأتت النبى ﷺ تستعينه فى كتـابتها فأدى عنها كتـابتها وتزوجها، واحتج ابن المنذر بأن بريرة كاتبـت ولا حرفة لها فلم ينكر ذلك رسول الله ﷺ ووجه الأول ما ذكـرنا فى عتقه قال شيـخنا: وينبغى أن ينظر فى المكاتب، فإن كان مـمن يتضرر بالكتابة ويضيع لعـجزه عن الإنفاق على نفسه، ولا يـجد من ينفق عليه كرهت كتابتـه، وإن كان يجد من يكفيه مؤنتـه لم تكره كتابته لحصول النفع بـالحرية من غير ضرر، فأما جويرية فإنها كانت ذات أهل وكانت ابنة سـيد قومه، فإذا عتقت رجعت إلى أهلها فأخلف الله لها خيـرًا من أهلها فتزوجها رسول الله ﷺ وصارت إحـدى أمهات المؤمنين، وأعتق الناس مـا كان بأيديهم من قومـها حين بلغـهم أن رسول الله ﷺ تزوجهـا، وقالوا: أصهار رسول الله ﷺ فلم تر امـرأة أعظم بركة على قومها منها وأما بريرة فإن كـتابتها تدل على إباحة ذلك وأنه ليس بمنكر ولا خلاف فيه، وإنما الـخلاف فى كراهته، قال مسروق: إذا سأل العبد مولاه المكاتبة، فإن كان له مكسبة أو كان له مال فليكاتبه، وإن لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكلفه إلا طاقته.

3- مسألة: (ولا يصح إلا من جائز التصرف).

فأما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرقيـقهما ولا مكاتبة سيدهما لهما، لأن الكتابة نقل الملك بعوض فلا تصح منها كالبيع.

4- مسألة: (فإن كاتب المميز عبده بإذن وليه صح).

---

(٩) تقدم برقم (١٠٢) مسألة رقم (٧٦٦).

إنه لا يصح بيعه بإذن وليه، ولأن هذا عقد إعتاق فلم يصح منه كالعتق بغير مال، فأما إن لم يأذن وليه فيه فلا يصح بحال، وإن كاتب المميز سيده صح، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: لا يصح فيهما جميعًا بحال، لأنه ليس بمكلف فأشبه المجنون.

ولنا: أنه يصح تصرفه وبيعه بإذن وليه فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ (النساء: ٦) والابتلاء الاختبار له بتفويض التصرف إليه ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا؟ وهل يغبن فى بيعه وشرائه أو لا؟ وإيجاب السيد لعبده المميز المكاتبة إذن له فى قبولها.

إذا ثبت هذا فإن كان السيد المكاتب طفلاً أو مجنونًا فلا حكم لتصرفه ولا قوله، وإن كاتب المكلف عبده الطفل أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم الكتابة الصحيحة ولا الفاسدة، لأنه لا حكم لقولهما ولكن إن قال: إن أديتما إلىَّ فأنتما حران فأديا عتق بالصفة لا بالكتابة وما فى أيديهما لسيدهما، وإن لم يقل ذلك لم يعتقا ذكره أبو بكر، وقال القاضى: يعتقان، وهو مذهب الشافعى، لأن الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة كما لو قال: إن أديت إلىَّ فأنت حر.

ولنا: أنه ليس بصفة صريحًا ولا معنى، وإنما هو عقد باطل فأشبه البيع الباطل.

ويحتمل أن لا يصح بناء على قولنا: إنه لا يصح بيعه بإذن وليه، ولأنه عقد إعتاق فلم يصح منه كالعتق بغير مال ولا يصح بغير إذن وليه بحال.

5- مسألة: (وإن كاتب السيد عبده المميز صح، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: لا يصح فيها جميعها بحال، لأنه ليس بمكلف أشبه المجنون).

ولنا: أنه يصح تصرفه وبيعه بإذن وليه فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف، ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ والابتلاء: الاختبار له بتفويض التصرف إليه ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا؟ وهل يغبن فى بيعه وشرائه أو لا؟ وإيجاب السيد لعبده المميز المكاتبة أذنه له فى قبولها، إذا ثبت هذا فإن كان السيد المكاتب طفلاً أو مجنونًا فلا حكم لتصرفه ولا قوله، وإن كاتب المكلف عبده المكلف أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم المكاتبة الصحيحة ولا الفاسدة، لأنه لا حكم لقولهما، لكن إن قال: إن أديتما إلى فأنتما حران فأديا عتقا بالصفة لا بالكتابة، وما فى أيديهما لسيدهما، وإن لم يقل ذلك لم يعتقا، ذكره أبو بكر، وقال القاضى: يعتقان، وهو مذهب الشافعى، لأن الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة كما لو قال: إن أديت إلى فأنت حر.

ولنا: أنه ليس بصفة صريحًا ولا معنى وإنما هو عقد باطل فأشبه البيع الباطل.

فصل: وإذا كاتب الذمى عبده المسلم صح، لأنه عقد معاوضة أو عتق بصفة وكلاهما يصح منه، وإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة نظر فى العقد، فإن كان موافقًا للشرع أمضاه سواء ترافعا قبل إسلامهما أو بعده وإن كاتب كتابة فاسدة مثل أن يكون العوض خمرًا أو خنزيرًا أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل: **أحدها**: أن يكونا قد تقابضا حال الكفر فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصل، لأن ما تم فى حال الكفر لا ينقضه الحاكم ويحكم بالعتق سواء ترافعا قبل الإسلام أو بعده، **الثانية**: تقابضا بعد الإسلام ثم ترافعا إلى الحاكم، فإنه يعتق أيضًا، لأن هذه كتابة فاسدة ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة فى الإسلام على ما سنذكره إن شاء الله تعالى، **الثالثة**: ترافعا قبل قبض العوض الفاسد أو قبض بعضه، فإن الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها، لأنها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به، ولا فرق بين إسلامهما أو إسلام أحدهما فيما ذكرناه لأن التغليب لحكم الإسلام، وقال أبو حنيفة: إذا كاتبه على خمر ثم أسلما لم يفسد العقد ويؤدى قيمة الخمر، لأن الكتابة كالنكاح، ولو أمهرها خمرًا ثم أسلما بطل الخمر ولم يبطل النكاح.

ولنا: أن هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسدًا، فإذا أسلما قبل التقابض أو أحدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد، ويفارق النكاح فى أنه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحًا، وإن أسلم مكاتب الذمى لم تنفسخ الكتابة، لأنها وقعت صحيحة، ولا يجبر على إزالة ملكه، لأنه

فصل: إذا كاتب الذمى عبده ثم أسلما صح، لأنه عقد معاوضة أو عتق بصفة، وكلاهما يصح منه، فإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة نظر فى العقد، فإن كان موافقًا للشرع أمضاه، وإن كانت كتابته فاسدة مثل أن يكون العوض خمرًا أو خنزيرًا أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل: **أحدها**: أن يكونا قد تقابضا حال الكفر فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصلاً، لأن ما تم فى حال الكفر لا ينقضه الحاكم ويحكم بالعتق سواء ترافعا قبل الإسلام أو بعده، **الثانية**: تقابضا بعد الإسلام ثم ترافعا إلى الحاكم فإنه يعتق، لأن هذه كتابة فاسدة ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة فى الإسلام على ما سنذكره إن شاء الله تعالى، **والثالثة**: ترافعا قبل قبض العوض الفاسد أو قبض بعضه، فإن الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها، لأنها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به، ولا فرق بين إسلامهما أو إسلام أحدهما فيما ذكرناه من التغليب بحكم الإسلام، وقال أبو حنيفة: إذا كاتبه على خمر ثم أسلما لم يفسد العقد ويؤدى قيمة الخمر، لأن الكتابة كالنكاح ولو مهرها خمرًا ثم أسلما لم يفسد العقد ويبطل الخمر.

ولنا: أن هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسدًا، فإذا أسلما قبل التقابض أو أحدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ويفارق النكاح، فإنه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحًا، وإن أسلم مكاتب الذمى لم تنفسخ الكتابة، لأنها وقعت صحيحة ولا يجبر على إزالة ملكه، لأنه خارج

خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه، فإن عـجز أجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ، وإن اشترى مسلمًا فكاتبه لم تصح الكتابة، لأن الشراء باطل ولم يثبت له به ملك، وإن أسلم عبده فكاتبه بعد إسلامه لم تصح كتابته، لأنه يلزم إزالة ملكه عنه، والكتابة لا تزيل الملك، فإن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم، وقال القاضى: له كتابتـه، لأنه يخرج بها عن تصرف سيده فيه، فإن عجز عاد رقيقًا قنًا وأجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ.

فصل: وإن كاتب الحربى عبده صحت كتابته سواء كان فى دار الحرب أو دار الإسلام، وبهذا قـال الشافعى، وقـال أبو حنيفة: لا يصح، لأن ملكه نـاقص، وحكى عن مالك أنه لا يملك بدليل أن للمسلم تملكه عليه.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ﴾ (الأحزاب: ٢٧) وهذه الإضافة إليهم تقتضى صحة أملاكهم فتقتضى صحة تصرفاتهم، فإذا ثبت هذا فإذا كاتب عبده ثم دخلا مستأمنين إلينا لم يتعرض الحـاكم لهما وإن ترافعا إليه نظر بينهما فإن كانت كتابتـهما صحيحة ألزمهما حكمها، وإن كانت فاسدة بين لهما فـسادها وإن جاءا وقد قهر أحدهما صاحبه بطلت الكتابة، لأن العبد إن قهر سيده ملكه فبطلت كتـابته لخروجه عن ملك سيده، وإن قهره السيد على إبطال الكتابة ورده رقيـقًا بطلت، لأن دار الكفر دار قهر وإباحة، ولهذا لو قـهر حر حرًا على نفسه ملكه، وإن دخلا من غير قهر فـقهر أحدهما الآخر فى دار الإسلام لم تبطل الكتابة

بالكتابة عن تصرف الكافر فيه، فإن عجز أجـبر على إزالة ملكه عنه حينئذ، فإن اشترى مسلمًا فكاتبه لـم تصح الكتابة، لأن الشـراء باطل لم يثبت له به ملك، وإن أسلم عـبده فكاتبـه بعد إسلامه لم تصح كـتابته، لأن الكتابة لا تزيل الملك، وقال القـاضى: له ذلك وقد ذكرناه فى كتاب البيع، فإن عجز عاد رقيقًا قنًا وأجبر على إزالة ملكه عنه.

فـصل: وتصح كتابة الحربى عـبده فى دار الحرب وفى دار الإسلام، وبه قال الشافعى، وقال أبـو حنيفـة: لا تصح، لأن ملكه ناقص، وحكى عن مـالك أنه لا يملك ذلك بدليل أن للمسلم تملكه عليه.

ولنا: قولـه تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ﴾ وهذه الإضافة إليـهم تقتضى صحة أملاكهم فتـقتضى صحة تصرفاتهم، إذا ثبت هذا فإذا كاتب عبـده فدخلا مستأمنين إلينا لم يتعرض الحـاكم لهما وإن ترافعا إلـيه نظر بينهما، فإن كـانت كتابتهمـا صحيحة ألزمـهما حكمها، وإن كانت فاسدة بين لهما فسادها وإن جـاءا وقد قهر أحدهما صاحبه بطلت الكتابة، لأن العبد إن قـهر سيده ملكه فـبطلت كتابته بخروجـه عن ملك سيده، وإن قهـره السيد على إبطال الكتابة ورده رقيقًـا بطلت، لأن دار الكفر دار قهر وإباحة، ولهذا لو قـهر حر حرًا على نفسه ملكه، وإن دخلا من غير قهر فقـهر أحدهما الآخر فى دار الإسلام لم تبطل الكتابة وكانا على ما كـانا عليه قبله، لأن دار الإسلام دار حظر لا يؤثر فـيها القهـر إلا بالحق، وإن دخلا

وكانا على ما كانا عليه قبله، لأن دار الإسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر إلا بالحق، وإن دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع إلى دار الحرب لم يمنعا، وإن أراد السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر، لأنه بالكتابة زال ملكه وسلطانه عنه، وإنما له فى ذمته حق ومن له فى ذمة غيره حق لا يملك إجباره على السفر معه لأجله، ويقال للسيد: إن أردت الإقامة فى دار الإسلام لتستوفى مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم إن كانت مدتها طويلة، وإن أردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فافعل، فإذا أدى نجوم الكتابة عتق، ثم هو مخير إن أحب المقام فى دار الإسلام عقد على نفسه الذمة، وإن أحب الرجوع لم يمنع، وإن عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقًا ويرد إلى سيده والأمان له باق، لأنه من مال سيده وسيده عقد الأمان لنفسه وماله فإذا انتقض الأمان فى نفسه بعوده لم ينتقض فى ماله، وإن كاتبه فى دار الحرب فهرب ودخل إلينا بطلت الكتابة، فإن ملكه زال عنه بقهره على نفسه فأشبه ما لو قهره على غيره من ماله وسواء جاءنا مسلمًا أو غير مسلم، وإن جاءنا بإذن سيده فالكتابة بحالها، لأنه لم يقهر سيده، فإذا دخل إلينا بأمان بإذن سيده ثم سبى المسلمون سيده وقتل انتقلت الكتابة إلى ورثته كما لو مات حتف أنفه، وإن منَّ عليه الإمام أو فاداه أو هرب فالكتابة بحالها، وإن استرقه الإمام فالمكاتب موقوف إن عتق سيده فالكتابة بحالها، وإن مات أو قتل فالمكاتب للمسلمين مبقى على ما بقى من كتابته يعتق بأدائه إليهم وولاؤه لهم، وإن

مستأمنين ثم أرادا الرجوع إلى دار الحرب لم يمنعا، وإن أراد السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر، لأنه بالكتابة زال سلطانه وإنما له فى ذمته حق ومن له دين فى ذمة غيره لا يملك إجباره على السفر معه لأجله، ويقال للسيد: إن أردت الإقامة فى دار الإسلام لتستوفى مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم إن كانت مدتها طويلة، وإن أردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فافعل، فإذا أدى نجوم الكتابة عتق، وهو مخير إن أحب المقام فى دار الإسلام عقد على نفسه الذمة، وإن أحب الرجوع لم يمنع، وإن عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقًا ويرد إلى سيده والأمان باق، لأنه من مال سيده وسيده عقد الأمان لنفسه وماله، فإذا انتقض الأمان فى نفسه بعوده لم ينتقض فى ماله وإن كاتبه فى دار الحرب فهرب ودخل إلينا بطلت الكتابة، لأن ملكه زال بقهره على نفسه فأشبه ما لو قهره على غيره من ماله، وسواء جاءنا مسلمًا أو غير مسلم، وإن جاء بإذن سيده فالكتابة بحالها، لأنه لم يقهر سيده فإذا دخل إلينا بأمان بإذن سيده ثم سبى المسلمون سيده وقتل انتقلت الكتابة إلى ورثته كما لو مات حتف أنفه، وإن من عليه الإمام أو فاداه أو هرب فالكتابة بحالها وإن استرقه الإمام فالمكاتب موقوف إن عتق السيد فالكتابة بحالها، وإن مات أو قتل فالمكاتب للمسلمين مبقى على ما بقى من كتابته يعتق بالأداء إليهم، وولاؤه لهم وإن عجز فهو رقيق لهم، فإن أراد المكاتب الأداء قبل عتق سيده وموته أدى إلى الحاكم أو إلى أمينه وكان المال المقبوض

عجز فهو رقيق لهم، وإن أراد المكاتب الأداء قبل عتق سيده وموته أدى إلى الحاكم أو إلى أمينه وكان المال المقبوض موقوفًا على ما ذكرناه بعتق المكاتب بالأداء وسيده رقيق لا يثبت له ولاء، وقال أبو بكر: يكون الولاء للمسلمين، وقال القاضى: يكون موقوفًا فإن عتق سيده فهو له، وإن مات على رقه فهو للمسلمين، وإن كان استرقاق سيده بعد عتق المكاتب وثبوت الولاء عليه، فقال القاضى: يكون ولاؤه موقوفًا فإن عتق السيد كان الولاء له، وإن قتل أو مات على رقه بطل الولاء، لأنه رقيق لا يورث فيبطل الولاء لعدم مستحقه وينبغى أن يكون للمسلمين، لأن مال من لا وارث له للمسلمين فكذلك الولا، والله أعلم.

فصل: وإن كاتب المرتد عبده فعلى قول أبى بكر الكتابة باطلة، لأن ملكه زال بردته وعلى الظاهر من المذهب كتابته موقوفة إن أسلم تبينا أنها كانت صحيحة، وإن قتل أو مات على ردته بطلت، وإن أدّى فى ردته لم يحكم بعتقه ويكون موقوفًا، فإن أسلم سيده تبينا صحة الدفع إليه وعتقه، وإن قتل أو مات على ردته فهو باطل والعبد رقيق، وإن كاتبه وهو مسلم ثم ارتد وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع إليه ويؤدى إلى الحاكم ويعتق بالأداء، وإن دفع إلى المرتد كان موقوفًا كما ذكرنا، وإن كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته لأنه يصح بيعه فإذا أدى عتق، وإن أسلم فهو على كتابته.

فصل: وكتابة المريض صحيحة، فإن كان مرض الموت المخوف اعتبر من ثلثه، لأنه

موقوفًا على ما ذكرناه ويعتق المكاتب بالأداء وسيده رقيق لا يثبت له ولاء، قال أبو بكر: يكون الولاء للمسلمين وقال القاضى: يكون موقوفًا فإن عتق سيده فهو له، وإن مات رقيقًا فهو للمسلمين، وإن كان استرقاق سيده بعد عتق المكاتب وثبوت الولاء عليه، فقال القاضى: يكون ولاؤه موقوفًا، فإن عتق السيد كان الولاء له، وإن قتل أو مات على رقه بطل الولاء، لأنه رقيق لا يورث فبطل الولاء لعدم مستحقه، وينبغى أن يكون للمسلمين، لأن مال من لا وارث له للمسلمين فكذلك الولاء، والله أعلم.

فصل: وإن كاتب المرتد عبده، فعلى قول أبى بكر الكتابة باطلة، لأن ملكه زال بردته وعلى ظاهر المذهب كتابته موقوفة إن أسلم تبينا أنها كانت صحيحة، وإن مات على ردته أو قتل بطلت، وإن أدى فى ردته لم يحكم بعتقه ويكون موقوفًا فإن أسلم سيده تبينا صحة الدفع إليه وعتقه، وإن مات على ردته أو قتل فهو باطل والعبد رقيق، وإن كاتبه وهو مسلم وارتد وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع إليه ويؤدى إلى الحاكم ويعتق بالأداء وإن دفع إلى المرتد كان موقوفًا كما ذكرنا، وإن كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته، لأنه يصح بيعه فإن أدى عتق، وإن أسلم فهو على كتابته.

فصل: وكتابة المريض صحيحة، فإن كان مرض الموت المخوف اعتبر من الثلث، لأنه بيع ما له بماله فجرى مجرى الهبة، ولذلك ثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقًا، فإن خرج

بيع ماله بماله فجرى مجرى الهبة، وكذلك يثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقًا، فإن خرج من الثلث كانت الكتابة لازمة، وإن لم يخرج من الثلث لزمت الكتابة فى قدر الثلث وسائره موقوف على إجازة الورث، فإن أجازها جازت وإن ردها بطلت وهذا قول الشافعى، وقال أبو الخطاب فى رءوس المسائل: تجوز الكتابة من رأس المال، لأنه عقد معاوضة أشبه البيع.

١٩٧٨- **مسألة:** قال: **(وإذا كاتب عبده أو أمته على أنجم فأديت الكتابة فقد صار العبد حرًا وولاؤه لمكاتبه).**

فى هذه المسألة ثلاثة فصول: **أحدها:** أن ظاهر هذا الكلام أن الكتابة لا تصح حالة ولا تجوز إلا مؤجلة منجمة، وهو ظاهر المذهب، وبه قال الشافعى وقال مالك و أبو حنيفة: تجوز حالة، لأنه عقد على عين، فإذا كان عوضه فى الذمة جاز أن يكون حالاً كالبيع.

ولنا: أنه روى عن جماعة من الصحابة ﷺ أنهم عقدوا الكتابة ولم ينقل عن واحد منهم أنه عقدها حالة، ولو جاز ذلك لم يتفق جميعهم على تركه، ولأن الكتابة عقد معاوضة يعجز عن أدائها عوضها فى الحال فكان من شرطه التأجيل كالسلم على أبى حنيفة، ولأنها عقد معاوضة يلحقه الفسخ من شرطه ذكر العوض، فإذا وقع على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح كما لو أسلم فى شىء لا يوجد عند محله ويفارق البيع، لأنه لا يتحقق فيه العجز عن العوض، لأن المشترى يملك المبيع والعبد لا يملك شيئًا وما فى يده لسيده وفى التنجيم حكمتان: **إحداهما:** ترجع إلى المكاتب وهى التخفيف عليه، لأن الأداء مفرقًا أسهل

من الثلث كانت الكتابة لازمة، وإن لم يخرج من الثلث لزمت فى قدر الثلث وباقيه موقوف على إجازة الورثة يصح بإجازته ويبطل برده، وهذا قول الشافعى، وقال أبو الخطاب فى رءوس المسائل: تجوز الكتابة من رأس المال، لأنه عقد معاوضة أشبه البيع والأول أولى.

6- **مسألة: (ولا يصح إلا بالقول وينعقد بقوله كاتبتك على كذا).**

لأنه لفظها الموضوع لها فانعقدت بمجرده كلفظ النكاح فيه.

7- **مسألة: (ولا يفتقر إلى قوله وإن أديت إلى فأنت حر بل متى أدى عتق).**

وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعى: لا يعتق حتى يقول ذلك أو ينوى بالكتابة الحرية ويحتمل مثل ذلك عندنا، لأن لفظ الكتابة يحتمل المخارجة ويحتمل العتق بالأداء فلا بد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق.

ولنا: أن الحرية موجب عقد لكتابة فثبتت عند تمامه كسائر أحكامه، ولأن الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتج إلى لفظ العتق ولا نيته كالتدبير وما ذكروه من استعمال الكتابة فى المخارجة، إن ثبت فليس بمشهور فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الألفاظ الصريحة على أن اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن إلى أحد محتمليه كلفظ التدبير فإنه يحتمل التدبير فى معاشه وغيره وهو صريح فى الحرية كذلك هذا.

ولهذا تقسط الديون على المعسرين عادة تخفيفًا عليهم. **والأخرى**: للسيد وهى أن مدة الكتابة تطول غالبًا فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه إلا فى آخر المدة، فإذا عجز عاد إلى الرق وفاتت منافعه فى مدة الكتابة كلها على السيد من غير نفع حصل له، وإذا كانت منجمة نجومًا فعجز عن النجم الأول فمدته يسيرة، وإن عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذه من النجوم قبل عجزه، إذا ثبت هذا فأقله نجمان فصاعدًا، وهذا مذهب الشافعى. ونقل عن أحمد أنه قال: من الناس من يقول نجم واحد ومنهم من يقول نجمان، ونجمان أحب إلى، وهذا يحتمل أن يكون معناه أنى أذهب إلى أنه لا يجوز إلا نجمان، ويحتمل أن يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد، قال ابن أبى موسى: هذا على طريق الاختيار، وإن جعل المال كله فى نجم واحد جاز، لأنه عقد يشترط فيه التأجيل فجاز أن يكون إلى أجل واحد كالسلم، ولأن اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض، وهذا يحصل بنجم واحد.

ووجه الأول: ما روى عن على ﷺ أنه قال: الكتابة على نجمين والإيتاء من الثانى(١٠)، وهذا يقتضى أن هذا أقل ما تجوز عليه الكتابة، لأن أكثر من نجمين يجوز بالإجماع، وروى عن عثمان ﷺ: أنه غضب على عبد له فقال: لأعاقبنك ولأكاتبنك على نجمين(١١) ولو كان يجوز أقل من هذا لعاقبه به فى الظاهر، وفى حديث بريرة: أنها أتت

8- مسألة: (ولا يصح إلا على عوض معلوم منجم بنجمين فصاعدًا).

لا تصح إلا على عوض معلوم، لأنها عقد معاوضة أشبهت البيع ولا تجوز إلا منجمة مؤجلة، هذا ظاهر المذهب، وبه قال الشافعى، وقال مالك وأبو حنيفة: تجوز حالة، لأنه عقد على عين، فإذا كان عوضه فى الذمة جاز أن يكون حالاً كالبيع.

ولنا: أنه قد روى عن جماعة من الصحابة أنهم عقدوا الكتابة ولم ينقل عن واحد منهم عقدها حالة، ولو جاز ذلك لم يتفقوا على تركه، ولأن الكتابة عقد معاوضة يعجز عن أداء عوضها فى الحال فكان من شرطها التأجيل كالسلم على أبى حنيفة، ولأنها عقد معاوضة يلحقه الفسخ من شرطه ذكر العوض، فإذا وقع على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح كما لو أسلم فى شىء لا يوجد عند محله ويفارق البيع، لأنه لا يتحقق فيه العجز عن العوض، لأن المشترى يملك المبيع والعبد لا يملك شيئًا وما فى يده لسيده وفى التنجيم إذا كان أكثر من نجم حكمتان: **إحداهما**: ترجع إلى المكاتب وهو التخفيف عليه، لأن الأداء مفرقًا أسهل، ولهذا تقسط الديون على المعسرين عادة تخفيفًا عليهم، **والأخرى**: للسيد وهى أن مدة الكتابة تطول غالبًا فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه إلا فى آخر المدة، فإذا

---

(١٠) ذكره ابن حجر فى «التلخيص» (٤/ ٢٣٩).

(١١) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٢٠ - ٣٢١) من طريق مسلم بن أبى مريم عن رجل لم نذكره، ولم يسم الرجل الملموك.

عـائشة ﵂ فـقـالت: يا أم المؤمـنين إنى كاتبـت أهلى على تسع أواق فى كل عـام أوقيـة فأعـينينى[(١٢)]، ولأن الكتابة مشتقة من الضم وهو ضم نجم إلى نجم فدل ذلك على افتقارها إلى نجمين، والأول أقـيس ولا بد أن تكون النجوم معلومة ويعلم فى كـل نجم قدر ما يؤديه ولا يشترط تساوى النجوم ولا قدر المؤدى فى كل نـجم فإذا قال: كاتبتك على ألف إلى عشر سنين تؤدى عند انقضاء كل سنة مائة أو قال: تؤدى منها مـائة عند انقضاء خمس سنين وباقيها عند تمام العشرة، أو قال: تؤدى فى آخر العام الأول مائة وتـسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة فكل هذا جائز، وإن قال: تؤدى فى كل عام مائة جاز ويكون أجل كل مائة عند انقضاء السنة، وظاهر قول القاضى وأصحاب الشافعى أنه لا يصح، لأنه لم يتبين وقت الأداء من العام.

ولنا: أن بريرة قـالت: كاتبت أهلى على تسع أواق فـى كل عام أوقيـة، ولأن الأجل إذا علق بمدة تعلق بأحد طرفيـها، فإن كان بحرف «إلى» تعلق بأولها كقولـه: إلى شهر رمضان، وإن كان بحرف «فى» كان إلى آخرها، لأنه جعل جميـعها وقتًا لأدائها فإذا أدى فى آخرها كان مؤديًا لها فى وقتهـا فلم يتعين عليه الأداء قبله كتأدية الصلاة فى آخر وقتـها، فإن قال: يؤديها فى عشر سنين أو إلى عشر سنين لم يجز، لأنه نجم واحد، ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجازه، وإن قـال: يؤدى بعضـها فى نصف الـمدة وباقيـها فى آخـرها لم يجز، لأن الـبعض مجهول يقع على القليل والكثير.

عجزه عاد إلى الرق وفاتت منافعه فى مدة الكتـابة كلها على سيده من غير نفع حصل له، وإذا كانت منجـمة نجومًا فـعجز عن النجم الأول فمـدته يسيرة، وإن عجـز عما بعده فـقد حصل للسيد نفع بما أخذ من النجوم قبل عجـزه، إذا ثبت ذلك فأقله نجمان فصاعدًا، وهذا مذهب الشافـعى ونقل عن أحمد أنه قال: من الناس مـن يقول نجم واحد ومنهم من يقول نجـمان، ونجـمان أحب إلى، وهذا يـحتـمل أن يكون مـعناه أنى أذهب إلى أنه لا يجـوز إلا نجمـان ويحتمل أن يكون المستحب نجـمين ويجوز نجم واحد، قال ابن أبى موسى: هذا على طريق الاختيـار، وإن جعل المال كله فى نجم واحد جـاز، لأنه عقد يشتـرط فيه التأجـيل فجاز أن يكون إلى أجل واحد كـالسلم، ولأن اعتبار التـأجيل ليتمكن من تسليم العـوض وهذا يحصل بنجم واحد، ووجـه الأول ما روى عن على ﵁ أنه قال: الكـتابة على نجمـين والإيتاء من الثانى، وهذا يقتضى أن هذا أقل ما تجوز عليه الكتـابة، لأن أكثر من نجمين جائز بالإجماع، وروى عن عثمان أنه غضب على عبد له فقال: لأعاقبنك ولأكاتبنك على نجمين ولو جاز أقل من هذه لعاقبـه به فى الظاهر، وفى حديث بريرة أنها أتت عائشة فـقالت: يا أم المؤمنين إنى كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عـام أوقية فأعـينينى، ولأن الكتابة مشتـقة من الضم وهو ضم نجم إلى نجم فدل ذلك على افتقارها إلى نجمين والأول أقيس.

---

(١٢) تقدم فى (جـ٥/ ٦٧٦/ ٦٧٧).

الفصل الثانى: أنه إذا كاتبه على أنجم مدة معلومة صحت الكتابة وعتق بأدائها سواء نوى بالكتابة الحرية أو لم ينو وسواء قال: فإذا أديت إلى فأنت حر أو لم يقل، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: لا يعتق حتى يقول: فإذا أديت إلى فأنت حر وينوى بالكتابة الحرية، ويحتمل فى مذهبنا مثل ذلك، لأن لفظ الكتابة يحتمل المخارجة، ويحتمل العتق بالأداء فلا بد من تمييز أحدهما على الآخر ككنايات العتق.

ولنا: أن الحرية موجب عقد الكتابة فتثبت عند تمامه كسائر أحكامه، ولأن الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتج إلى لفظ العتق ولا نيته كالتدبير، وما ذكروه من استعمال الكتابة فى المخارجة إن ثبت فليس بمشهور فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الألفاظ الصريحة على أن اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن إلى أحد محتمليه كلفظ التدبير فى معاشه أو غير ذلك وهو صريح فى الحرية فههنا أولى.

الفصل الثالث: أنه لا يعتق قبل أداء جميع الكتابة، قال أحمد فى عبد بين رجلين كاتباه على ألف فأدى تسعمائة ثم أعتق أحدهما نصيبه؟ قال: لا يعتق إلا نصف المائة، وقد روى عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهرى أنهم قالوا: المكاتب عبد ما بقى عليه درهم، رواه عنهم الأثرم(١٣)، وبه قال القاسم سالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثورى وابن شبرمة ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى وروى ذلك عن أم

٩- مسألة: (ويشترط علم ما يؤدى إليه فى كل نجم كالثمن فى البيع ولئلا يفضى إلى النزاع والاختلاف).

ولا يشترط تساوى النجوم فإذا قال: كاتبتك على ألف إلى عشر سنين تؤدى عند انقضاء كل سنة مائة، أو قال: تؤدى منها مائة عند انقضاء خمس سنين وباقيها عند تمام العشرة، أو قال: تؤدى فى آخر العام الأول مائة وتسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة فكل جائز، فإن قال: تؤدى فى كل عام مائة جاز ويكون أجل كل مائة عند انقضاء السنة، وظاهر قول القاضى وأصحاب الشافعى أنه لا يصح، لأنه لا يبين وقت الأداء من العام.

ولنا: قول بريرة: كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية، ولأن الأجل إذا علق بمدة تعلق بأحد طرفيها، فإن كان بحرف «إلى» تعلق بأولها كقوله إلى شهر رمضان، وإن كان بحرف «فى» كان إلى آخرها، لأنه جعل جميعها وقتًا لأدائها، فإذا أدى فى آخرها كان مؤديًا لها فى وقتها فلم يتعين عليه الأداء قبله كتأدية الصلاة فى آخر وقتها، وإن قال تؤديها فى عشر سنين أو إلى عشر سنين لم يجز، لأنه نجم واحد، ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجازه، وإن قال: تؤدى بعضها فى نصف المدة وباقيها فى آخرها لم يجز، لأن البعض يقع على القليل والكثير فيكون مجهولا.

---

(١٣) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٢٤، ٣٢٥) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٤٠٨/ ١٥٧٢٥).

سلمة، وروى سعيد بإسناده عن أبى قلابة قال: كن أزواج النبى ﷺ لا يحتجبن من مكاتب ما بقى عليه دينار(١٤) وبإسناده عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلامًا على ألف دينار فأدى إليه تسعمائة دينار وعجز عن مائة دينار فرده ابن عمر فى الرق(١٥)، وذكر أبو بكر والقاضى وأبو الخطاب أنه إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن ربعها عتق، لأنه يجب رده إليه فلا يرد إلى الرق بعجزه عنه، لأنه عجز عن أداء حق هو له لا حق للسيد فلا معنى لتعجيزه فيما يجب رده إليه، وقال على رضي الله عنه: يعتق منه بقدر ما أدى(١٦)، لما روى ابن عباس عن النبى ﷺ أنه قال: «إذا أصاب المكاتب حدًا أو ميراثًا ورث بحساب ما عتق منه ويؤدى المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقى دية عبد» رواه الترمذى(١٧)، وقال: حديث حسن، وروى عن عمر(١٨) وعلى رضي الله عنهما أنه إذا أدى الشطر فلا رق عليه، وروى ذلك عن النخعى، وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه إذا أدى قدر قيمته فهو غريم(١٩) وقضى به شريح وقال الحسن فى المكاتب إذا عجز استسعى بعد العجز سنتين.

ولنا: ما روى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز على عشر أواق فهو رقيق»(٢٠) وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم» رواه أبو داود(٢١)، ولأنه عوض عن المكاتب فلا يعتق قبل أدائه كالقدر المتفق عليه ولأنه لو أعتق بعضه لسرى إلى باقيه كما لو باشره بالعتق فإن العتق لا يتبعض فى الملك، فأما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بكتابته وأنكر الآخر فأدى إلى المقر أو ما أشبهها من الصور جمعًا بين الأخبار وتوفيقًا بينها وبين القياس، ولأن قول النبى ﷺ: «إذا كان لإحداكن مكاتب وملك ما يؤدى فلتحتجب

---

(١٤) أخرجه البيهقى فى «سننه» (١٠/ ٣٢٥) بلفظه، وتقدم الحديث بلفظ: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم» من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال... فذكره.
وانظر المسألة رقم (١٠٤٠) برقم (٣١).

(١٥) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٤١).

(١٦) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٢٦) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٤١٢/ ١٥٧٤١).

(١٧) تقدم برقم (٣٥) مسألة رقم (١٠٤٠).

(١٨) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٢٥) من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جابر بن سمرة عن عمر بن الخطاب.. به، وقال البيهقى: القاسم بن عبد الرحمن لا يثبت سماعه من جابر بن سمرة، وهو إن صح فكأنه أراد أنه قد قرب أن يعتق فالأولى أن يمهل حتى يكتسب ما بقى ولا يرد إلى الرق بالعجز عن الباقى، والله أعلم، وعبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٤١٠ - ١١/ ١٥٧٣٦).

(١٩) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٤١١/ ١٥٧٣٧).

(٢٠) تقدم برقم (٣٢) مسألة رقم (١٠٤٠).

(٢١) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (١٠٤٠/ ج٣٢).

منه»(٢٢) دليل على اعتبار جميع ما يؤدى ويجوز أن يتوقف العتق على أداء الجميع، وإن جاز رد بعضه إليه كما لو قال إذا أديت إلىَّ ألفًا فأنت حر، ولله على رد ربعها إليك، فإنه لا يعتق قبل أداء جميعها وإن وجب عليه رد بعضها.

فصل: وتجوز الكتابة على كل مال يجوز السلم فيه، لأنه مال يثبت فى الذمة مؤجلاً فى معاوضة فجاز ذلك فيه كعقد السلم، فإن كان من الأثمان وكان فى البلد نقد واحد جاز إطلاقه، لأنه ينصرف بالإطلاق إليه فجاز ذلك فيه كالبيع، وإن كان فيه نقود أحدها أغلب فى الاستعمال جاز الإطلاق أيضًا وانصرف إليه عند الإطلاق كما لو انفرد، وإن كانت مختلفة متساوية فى الاستعمال وجب بيانه بجنسه وما يتميز به من غيره من النقود، وإن كان من غير الأثمان وجب وصفه بما يوصف به فى السلم، وما لا يصح فى السلم فيه لا يجوز أن يكون عوضًا فى الكتابة، لأنه عقد معاوضة يثبت عوضه فى الذمة فلم يجز بعوض مجهول كالسلم، فإن كاتبه على عبد مطلق لم يصح، ذكره أبو بكر وهو قول الشافعى، وذكر القاضى فيه وجهين: **أحدهما**: لا يجوز، **والآخر**: يجوز، وهو قول أبى حنيفة و مالك، لأن العتق معنى لا يلحقه الفسخ فجاز أن يكون الحيوان المطلق عوضًا فيه كالعقل.

ولنا: أن ما لا يجوز أن يكون عوضًا فى البيع والإجارة لا يجوز أن يكون عوضًا فى الكتابة كالثوب المطلق، ويفارق العقل، لأنه بدل عن متلف مقدر في الشرع وههنا عوض فى عقد فأشبه البيع، ولأن الحيوان الواجب فى العقل ليس بحيوان مطلق بل هو مقيد بجنسه

فصل: وتجوز الكتابة على مال يجوز السلم فيه، لأنه مال يثبت فى الذمة مؤجلاً فى معاوضة فجاز ذلك فيه كعقد السلم، فإن كان من الأثمان وكان فى البلد نقد واحد جاز إطلاقه، لأنه ينصرف إليه فأشبه البيع، وإن كان فيه نقود بعضها أغلب فى الاستعمال جاز للإطلاق أيضًا وانصرف إليه عند الإطلاق، كما لو انفرد، وإن كنت مختلفة متساوية فى الاستعمال وجب بيانه بما يتميز به من غيره من النقود، وإن كان من غير الأثمان وجب وصفه بما يوصف به فى السلم، فأما ما لا يصح السلم فيه فلا يجوز أن يكون عوضًا فى الكتابة، لأنه عقد معاوضة يثبت عوضه فى الذمة فلم يجز بعوض مجهول كالسلم، وقال القاضى: يصح على عبد مطلق وله الوسط إذا كاتبه على عبد مطلق لم يصح، ذكره أبو بكر وهو قول الشافعى، يجوز فى أحد الوجهين، وهو قول أبى حنيفة ومالك، لأن العتق لا يلحقه الفسخ فجاز أن يكون الحيوان المطلق عوضًا فيه كالعقل.

ولنا: أن ما لا يجوز أن يكون عوضًا فى البيع والإجارة لا يجوز أن يكون عوضًا فى الكتابة كالثوب المطلق ويفارق العقل، لأنه بدل متلف مقدر فى الشرع وههنا عوض فى عقد أشبه البيع، ولأن الحيوان الواجب فى العلق ليس بحيوان مطلق بل هو مقيد بجنسه وسنه فلم

---

(٢٢) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (١٠٤٠/ ح٣٤).

وسنه فلم يصح الإلحاق به، ولأن الحيوان المطلق لا تجوز الكتابة عليه بغير خلاف بين الناس فيما علمناه وإنما الخلاف فى العبد المطلق ولم يرد به الشرع بدلاً من موضع علمناه، إذا ثبت هذا: فإن من صحح الكتابة به أوجب له عبداً وسطًا وهو السندى ويكون وسطًا من السنديين فى قيمته كقولنا فى الصداق، ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمناه، ولا على ثوب ولا دار ولذلك لا تجوز على ثوب من ثيابه ولا عمامة من عمائمه ولا غير ذلك من المجهولات، وإن وصف ذلك بأوصاف السلم صح وممن أجاز الكتابة على العبيد الحسن وسعيد بن جبير والنخعى والزهرى وابن سيرين ومالك وأصحاب الرأى، وروى ذلك عن أبى برزة وحفصة ﭫ.

فصل: وتصح الكتابة على خدمة ومنفعة مباحة، لأنها أحد العوضين فى الإجارة فجاز أن تكون عوضًا فى الكتابة كالأثمان، ويشترط العلم بها كما يشترط فى الإجارة فإن كاتبه على خدمة شهر ودينار صح، ولا يحتاج إلى ذكر الشهر وكونه عقيب العقد، لأن إطلاقه يقتضى ذلك، وإن عين الشهر لوقت لا يتصل بالعقد مثل أن يكاتبه فى المحرم على خدمته فى رجب ودينار صح أيضًا كما يجوز أن يؤجره داره شهر رجب فى المحرم، وقال أصحاب الشافعى: لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ويشترطون ذكر ذلك ولا يجوزون إطلاقه بناء على قولهم فى الإجارة، وقد سبق ذكر الخلاف فيه فى باب الإجارة، ويشترط كون الدينار المذكور

يصح الإلحاق به، ولأن الحيوان المطلق لا تجوز الكتابة عليه بغير خلاف علمناه، وإنما الخلاف فى العبد المطلق ولم يرد الشرع به بدلاً فى موضع علمناه، إذا ثبت هذا فإن من صحح الكتابة به أوجب له عبداً وسطًا، وهو السندى ويكو ن وسطًا من السنديين فى قيمته كقولنا فى الصداق، ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمنا ولا على ثوب ولا دار، ولذلك لا تجوز على ثوب من ثيابه ولا عمامة من عمائمه ولا غير ذلك من المجهولات، وممن اختار الكتابة على العبد: الحسن وسعيد بن جبير والنخعى والزهرى وابن سيرين، وروى عن أبى برزة وحفصة ﭫ.

10- مسألة: (وتصح على مال وخدمة سواء تقدمت الخدمة أو تأخرت).

تجوز الكتابة على المنافع المباحة، لأنها أحد العوضين فى الإجارة فجاز أن تكون عوضًا فى الكتابة كالأثمان، ويشترط العلم بها كما يشترط فى الإجارة، فإن كاتبه على خدمة شهر ودينار صح، ولا يحتاج إلى ذكر الشهر وكونه عقيب العقد، لأن الإجارة تقتضيه، فإن عين الشهر بوقت لا يتصل بالعقد مثل أن يكاتبه فى المحرم على خدمته فى رجب ودينار صح أيضًا، كما يجوز أن يؤجر داره شهر رجب فى المحرم، وقال أصحاب الشافعى: لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ويشترطون ذكر ذلك ولا يجوزون إطلاقه بناء على قولهم فى الإجارة، وقد سبق الكلام فيه والخلاف فى باب الإجارة، ويشترط كون الدينار المذكور

مؤجلاً، لأن الأجل شرط فى عقد الكتابة، فإن جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خـلاف نعلمه، وإن جعل محله فى الشـهر أو بعد انقضائه صـح أيضًا، وهذا قول بعض أصحـاب الشافـعى، وقال القاضى: لا يـصح، لأنه يكون نجمًا واحـدًا وهذا لا يصح، لأن الخدمة كلهـا لا تكون فى وقت محل الدينار، وإنما يوجد جـزء منها يسير مـقاربًا له وسائرها فيمـا سواه، ولأن الخدمة بمنزلة العـوض الحاصل فى ابتداء مدتهـا، ولهذا يستحق عـوضها جميعه عند العقد فيكون محلها غير محل الدينار وإنما جازت حالة، لأن المنع من الحلول فى غيرها لأجل العجز عنه فى الحال وهذا غير موجود فى الخدمة فجازت حالة، وإن جعل محل الدينار قبل الخدمة وكانت الخدمة غير متصلة بالعقد بحيث يكون الدينار مؤجلاً والخدمة بعده جاز، وإن كـانت الخدمة متـصلة بالعقد لم يتـصور كون الدينار قـبله ولم تجز فى أوله، لأنه يكون حالاً ومن شرطه التأجيل.

فـصل: وإن كاتبه على خدمة مفردة فى مدة واحدة مثل أن يكاتبه على خدمة شهر معين أو سنة معينة فحكمـه حكم الكتابة على نجم واحد على ما مضى من القول فـيه، ويحتمل أن يكون كالكتابة على أنـجم، لأن الخدمة تستوفى فى أوقات مـتفرقة بخلاف المـال، فإن جعله على شهـر بعد شهر كـأن كاتبه فى أول المحـرم على خدمة فـيه وفى رجب صح، لأنه على نجمين، وإن كاتبه على منفعة فى الذمة معلومـة كخياطة ثياب عينها أو بناء حائط وصفه صح

مؤجلاً، لأن الأجل شرط فى عقد الكتابة، فإن جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خـلاف نعلمه، وإن جعل محله فى الشـهر أو بعد انقضائه صـح أيضًا، وهو قول بعض أصحـاب الشافـعى، وقال القاضى: لا يـصح، لأنه يكون نجمًا واحـدًا وهذا لا يصح، لأن الخدمة كلها لا تكون فى وقت محل الدينار وإنما يوجد جزء منها يسير مقاربًا له وسائرها فيما سواه، ولأن الخدمة بمنزلة العوض الحـاصل فى ابتداء مدتها، ولهذا يستحق عوضهـا جميعه ويكون محلها غير محل الدينار وإنمـا جازت له حالة، لأن المنع من الحلول فى غيرها لأجل العجز عنه فى الحال وهذا غير موجود فى الخـدمة فجازت حالة، وإن جعل محل الدينار قبل الخدمة وكانت الخدمة غير متصلة بالعقد بحيث يكون الدينار مؤجلاً والخدمة بعده جاز، وإن كانت الخدمـة متصلة بالعقـد لم يتصور كون الدينار قبله ولم يجـز فى أوله، لأنه يكون حالاً ومن شرطه التأجيل.

فـصل: إذا كاتب السيد عبده على خدمة مفردة فى مدة واحدة مثل أن يكاتبه على خدمة شهر بعـينه أو سنة معينه فحكمه حكم الـكتابة على نجم واحد على ما مضى من القـول فيه، ويحتمل أن يكون كالكتـابة على أنجم، لأن الخدمة تستوفى فى أوقات مفـرقة بخلاف المال، وإن جعله على شهـر بعد شهر كأن كاتبـه فى أول المحرم على خدمتـه فيه وفى رجب صح، لأنه على نجمين وإن كاتبه على منفعة فى الذمة معلومة كخياطة ثوب عينه أو بناء حائط وصفه

أيضًا إذا كاتبه على نجمين، وإن قال: كاتبتك على أن تخدمنى هذا الشهر وخياطة كذا عقيب الشهر صح فى قول الجميع، وإن قال: على أن تخدمنى شهرًا من وقتى هذا وشهرًا عقيب هذا الشهر صح أيضًا وعند الشافعى لا يصح.

ولنا: أنه كاتبه على نجمين فصح كالتى قبلها.

فصل: وإذا كاتب العبد وله مال فماله لسيده إلا أن يشترطه المكاتب، وإن كانت له سرية أو ولد فهو لسيده، وبهذا قال الثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعى، وقال الحسن وعطاء والنخعى وسليمان بن موسى وعمرو بن دينار ومالك وابن أبى ليلى فى المكاتب ماله له ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى والنخعى وعمرو بن دينار ومالك فى الولد واحتج لهم بما روى عمر عن النبى ﷺ أنه قال: «من أعتق عبدًا وله مال فالمال للعبد»(٢٣).

ولنا: قول النبى ﷺ: «من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» متفق عليه(٢٤) والكتابة بيع، ولأنه باعه نفسه فلم يدخل معه غيره كولده وأقاربه، ولأنه هو وماله كانا لسيده، فإذا وقع العقد على أحدهما بقى الآخر على ما كان عليه كما لو باعه لأجنبى وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه.

صح أيضًا إذا كانت على نجمين، وإن قال: كاتبتك على أن تخدمنى هذا الشهر وخياطة كذا على عقيب الشهر صح فى قول الجميع، وإن قال: على أن تخدمنى شهرًا من وقتى هذا وشهرًا عقيب هذا الشهر صح أيضًا، وعند الشافعى لا يصح.

ولنا: أنه كاتبه على نجمين فصح كالتى قبلها.

فصل: وإذا كاتب العبد وله مال فماله لسيده إلا أن يشترطه المكاتب، فإن كان له سرية أو ولد فهو لسيده، وبه قال الثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعى، وقال الحسن وعطاء والنخعى وسليمان بن موسى وعمرو بن دينار ومالك وابن أبى ليلى فى المكاتب: ماله له، ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى والنخعى وعمرو بن دينار ومالك فى الولد، واحتج لهم بما روى ابن عمر عن النبى ﷺ أنه قال: «من أعتق عبدًا وله مال فالمال للعبد».

ولنا: قول النبى ﷺ: «من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» متفق عليه، والكتابة بيع، ولأنه باعه نفسه فلم يدخل معه غيره كولده وأقاربه، ولأنه هو وماله كانا لسيده فإذا وقع العقد على أحدهما بقى الآخر على ما كان عليه كما لو باعه لأجنبى، وحديثهم ضعيف، قد ذكرنا ضعفه.

---

(٢٣) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (١٩٦٢/ ٣٥).

(٢٤) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (١٦٦٢/ ح٣٦).

١٩٧٩- مسألة: قال: **(وولاؤه لمكاتبه)**.

لا نعلم خلافًا بين أهل العلم فى أن ولاء المكاتب لسيده إذا أدى إليه، وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى وذلك، لأن الكتابة إنعام وإعتاق له، لأن كسبه كان لسيده بحكم ملكه إياه فرضى به عوضًا عنه وأعتق رقبته عوضًا عن منفعته المستحقة له بحكم الأصل فكان معتقًا له منعمًا عليه فاستحق ولاءه لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق»(٢٥) وفى حديث بريرة أنها قالت: كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية، فقالت عائشة: إن شاء أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لى فعلت فرجعت بريرة إلى أهلها فذكرت ذلك لهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم(٢٦) وهذا يدل على أن ثبوت الولاء على المكاتب لسيده كان متقررًا عندهم، والله أعلم.

١٩٨٠- مسألة: قال: **(ويعطى مما كوتب عليه الربع لقول الله تعالى: ﴿وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ﴾ (النور: ٣٣))**.

الكلام فى الإيتاء فى خمسة فصول: وجوبه وقدره وجنسه ووقت جوازه ووقت وجوبه، أما الأول: فإنه يجب على السيد إيتاء المكاتب شيئًا مما كوتب عليه، روى ذلك عن على ﷺ(٢٧)، وبه قال الشافعى وإسحاق وقال بريدة والحسن والنخعى والثورى ومالك وأبو حنيفة ليس بواجب، لأنه عقد معاوضة فلا يجب فيه الإيتاء كسائر عقود المعاوضات.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ﴾ (النور: ٣٣) وظاهر الأمر الوجوب

---

ll- مسألة: (وإذا أدى ما لو كوتب عليه أو أبرئ منه عتق، لأنه لم يبق لسيده عليه شىء ولا يعتق قبل أداء جميع الكتابة).

هذا ظاهر كلام الخرقى، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم» رواه أبو داود، دل بمنطوقه على أنه لا يعتق حتى يؤدى جميع كتابته، وبمفهومه على أنه إذا أدى كتابته لا يبقى عبدًا، قال أحمد فى عبد رجلين كاتباه على ألف فأدى تسعمائة ثم أعتق أحدهما نصيبه قال: يعتق إلا نصف المائة، وقد روى عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهرى أنهم قالوا: المكاتب عبد ما بقى عليه درهم، رواه عنهم الأثرم، وبه قال القاسم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثورى وابن شبرمة ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وروى ذلك عن أم سلمة وروى سعيد بإسناده عن أبى قلابة قال: كنا أزواج النبى ﷺ لا يحتجبن من مكاتب ما بقى عليه دينار، وبإسناده عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلامًا على ألف دينار فأدى إليه تسعمائة دينار وعجز عن مائة دينار فرده ابن عمر فى الرق.

---

(٢٥) تقدم تخريجه فى المسألة رقم (٨٨/ ح٨). (٢٦) تقدم فى (جـ٥/ ٦٧٦) (٨/ ٨٨).

(٢٧) أخرجه البيهقى «السنن» (١٠/ ٣٢٩) وعبد الرزاق فى المصنف» (٨/ ٣٧٥، ٣٧٦/ ١٥٥٩٠) بنحوه.

قال على ﷺ في تفسيرها: ضعوا عنهم ربع مال الكتابة[٢٨]، وعن ابن عباس ﷺ قال: ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئًا[٢٩] وتخالف الكتابة سائر العقود، فإن القصد بها الرفق بالعبد بخلاف غيرها، ولأن الكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة فلذلك يجب أن يستحق العبد على السيد شيئًا، **فإن قيل**: المراد بالإيتاء إعطاؤه سهمًا من الصدقة أو الندب إلى التصدق عليه وليس ذلك بواجب بدليل أن العقد يوجب العوض عليه فكيف يقتضى إسقاط شيء منه؟ **قلنا**: أما الأول فإن عليّا وابن عباس ﷺ فسراه بما ذكرناه وهما أعلم بتأويل القرآن، وحمل الأمر على الندب يخالف مقتضى الأمر فلا يصار إليه إلا بدليل، وقولهم: إن العقد يوجب عليه فلا يسقط عنه، قلنا: إنما يجب الرفق به عند آخر كتابته مواساة له وشكرًا لنعمة الله تعالى كما تجب الزكاة مواساة من النعم التى أنعم الله تعالى بها على عبده، ولأن العبد ولى جمع هذا المال وتعب فيه فاقتضى الحال مواساته منه كما أمر النبى ﷺ بإطعامه من الطعام الذى ولى حره ودخانه[٣٠] واختص هذا بالوجوب، لأن فيه معونة على العتق وإعانة لمن يحق على الله تعالى عونه، فإن أبا هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاثة حق على الله تعالى عونهم المجاهد فى سبيل الله، والمكاتب الذى يريد الأداء، والناكح الذى يريد العفاف»[٣١] أخرجه الترمذى وقال: حديث حسن.

12- مسألة: (وما فضل فى يده فهو له).

لأنه كان له قبل العتق فبقى على ما كان، وعنه أنه إذا ملك ما يؤدى صار حرّا لما روت أم سلمة أن النبى ﷺ قال: «إذا كان لإحداكن مكاتب فكان عنده ما يؤدى فلتحتجب منه» رواه الترمذى وقال: حديث حسن صحيح، فأمرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه، ولأنه مالك لمال الكتابة أشبه ما لو أداه، فعلى هذا متى امتنع من الأداء أجبره الحاكم عليه، كسائر الديون الحالة على القادر عليها فإن هلك ما فى يديه قبل الأداء صار دينًا فى ذمته وقد صار حرّا، والصحيح أنه لا يعتق حتى يؤدى، وهذا قول أكثر أهل العلم لما ذكرنا من حديث عمرو ابن شعيب، وروى سعيد بإسناده عن النبى ﷺ قال: «أيما عبد كانت عليه مائة أوقية فأداها

---

(٢٨) أخرجه البيهقي فى «السنن» (١٠/ ٣٢٩) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٣٧٥/ ١٥٥٨٩).

(٢٩) أخرجه البيهقي فى «السنن» (١٠/ ٣٣٠) من طريق معاوية بن صالح عن على بن أبى طلحة عن ابن عباس... به، إسناده منقطع، على بن أبى طلحة لم ير ابن عباس، وقال الحافظ فى التقريب أيضًا: صدوق قد يخطئ.

(٣٠) تقدم برقم ٣٠ مسألة رقم (١٤٠٨).

(٣١) أخرجه الترمذى (٤/ ح١٦٥٥) من كتاب «فضائل الجهاد» وأخرجه النسائى (٦/ ح٣٢١٨) من كتاب «النكاح» وابن ماجه فى كتاب «العتق» (٢/ ح٢٥١٨) وأحمد فى «مسنده» (١٣/ ح٧٤١٠/ شاكر) والحاكم فى «المستدرك» (٢/ ٢١٧) وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبى، وإسناده صحيح.

الفصل الثاني: في قدره وهو الربع ذكره الخرقي وأبو بكر وغيرهما من أصحابنا، وروى ذلك عن علي ﷺ، وقال قتادة: العشر وقال الشافعي وابن المنذر: يجزئ ما يقع عليه الاسم وهو قول مالك، إلا أنه عنده مستحب لقول الله تعالى: ﴿مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ (النور: ٣٣) و (من) للتبعيض والقليل بعض فيكتفي به، وقال ابن عباس: ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئًا، ولأنه قد ثبت أن المكاتب لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة بما ذكرناه من الأخبار، ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب أن يعتق إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة، ولا يجب عليه أداء مال يجب رده إليه، وروى عن ابن عمر أنه كاتب عبدًا له على خمسة وثلاثين ألفًا فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة[٣٢].

ولنا: ما روى أبو بكر بإسناده عن علي ﷺ عن النبي ﷺ في قوله: ﴿وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ فقال «ربع الكتابة»[٣٣] وروى موقوفًا على علي، ولأنه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدرًا كالزكاة، ولأن حكمة إيجابه الرفق بالمكاتب وإعانته على تحصيل العتق وهذا لا يحصل باليسير الذي هو أقل ما يقع عليه الاسم فلم يجز أن يكون هو الواجب وقول الله تعالى: ﴿وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ﴾ وإن ورد غير مقدر فإن السنة تبينه وتبين قدره كالزكاة.

إلا عشرة أواق فهو عبد» وفي رواية «من كاتب عبده على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق» أو قال: «إلا عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق» رواه الترمذي، وقال: هذا حديث غريب، ولأنه عتق علق بعوض فلم يعتق قبل أدائه كما لو قال: إذا أديت إلى ألفًا فأنت حر، فعلى هذه الرواية إذا أدى عتق، وإن لم يؤد لم يعتق، فإن امتنع من الأداء، فقال أبو بكر: يؤديه الإمام عنه ولا يكون ذلك عجزًا ولا يملك السيد الفسخ، وهو قول أبي حنيفة ويحتمل أنه إذا لم يؤد عجزه السيد إن أحب وعاد عبدًا غير مكاتب، ونحوه قال الشافعي فإنه قال: إن شاء عجز نفسه وامتنع من الأداء، ووجه ذلك أن العبد لا يجبر على اكتساب ما يؤديه في الكتابة فلا يجبر على الأداء كسائر العقود الجائزة، ووجه الأول أنه قد ثبت للعبد استحقاق الحرية بملك ما يؤدي فلم يملك إبطالها كما لو أدى، فإن تلف المال قبل أدائه جاز تعجيزه واسترقاقه وجهًا واحدًا.

فصل: إذا أبرأه السيد من مال الكتابة برئ وعتق، لأن ذمته خلت من مال الكتابة فأشبه ما لو أداه وإن أبرأه من بعضه برئ منه وهو على الكتابة فيما بقي، لأن الإبراء كالأداء، فإن كاتبه على دنانير فأبرأه من دراهم أو بالعكس لم تصح البراءة، لأنه أبرأه مما لا يجب عليه إلا أن يريد بقدر ذلك مما لي عليك، فإن اختلفا فقال المكاتب: إنما أردت من قيمة ذلك، وقال

---

(٣٢) أخرجه البيهقي في «السنن» (١٠/ ٣٣٠).

(٣٣) أخرجه البيهقي في «السنن» (١٠/ ٣٢٩) وعبد الرزاق في «المصنف» (٨/ ٣٧٥ - ٣٧٦/ ١٥٥٨٩).

الفصل الثالث: فى جنسه إن قبض مال الكتابة ثم أعطاه منه جاز، لأن الله تعالى أمر بالإيتاء منه وإن وضع عنه مما وجب عليه جاز، لأن الصحابة ﷺ فسروا الإيتاء بذلك، ولأنه أبلغ فى النفع وأعون على حصول العتق فيكون أفضل من الإيتاء وتحصل دلالة الآية عليه من طريق التنبيه، وإن أعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله، وهو ظاهر كلام الشافعى، لأن الله تعالى أمر بالإيتاء منه.

ولنا: أنه لا فرق فى المعنى بين الإيتاء منه وبين الإيتاء من غيره، إذا كان من جنسه فوجب أن يتساويا فى الأجزاء، وغير المنصوص إذا كان فى معناه ألحق به، وكذلك جاز الحط وليس هو بإيتاء لما كان فى معناه، وإن أتاه من غير جنسه مثل أن يكاتبه على دراهم فيعطيه دنانير، أو عروضًا لم يلزمه قبوله، لأنه لم يؤته منه ولا من جنسه ويحتمل الجواز، لأن الرفق يحصل به.

الفصل الرابع: فى وقت جوازه وهو من حين العقد لقول الله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآتُوهُم﴾ (النور: ٣٣) وذلك يحتاج إليه من حين العقد وكلما عجله كان أفضل، لأنه يكون أنفع كالزكاة.

الفصل الخامس: فى وقت وجوبه وهو حين العتق، لأن الله تعالى أمر بإيتائه من المال الذى آتاه وإذا أتى المال عتق فيجب إيتاؤه حينئذ، قال على ﷺ: الكتابة على نجمين والإيتاء

السيد: بل ظننت أن لى عليك النقد الذى أبرأتك منه فلم تقع البراءة موضعها فالقول قول السيد مع يمينه، لأنه أعرف بنيته، فإن مات السيد واختلف المكاتب والورثة فالقول قولهم مع أيمانهم ويحلفون على نفى العلم، وإن مات المكاتب واختلف ورثته وسيده فالقول قول السيد لما ذكرنا.

13- مسألة: (فلو مات قبل الأداء كان ما فى يده لسيده فى الصحيح عنه وعلى الرواية الأخرى لسيده بقية كتابته والباقى لورثته).

هذه المسألة تشبه أن تكون مبنية على المسألة التى قبلها، إن قلنا إنه لا يعتق بملك ما يؤدى فقد مات رقيقًا وانفسخت كتابته بموته وكان ما فى يده لسيده، وإن قلنا إنه عتق بملك ما يؤدى فقد مات حرًا وعليه لسيده بقية كتابته، لأنه دين له عليه والباقى لورثته، قال القاضى: الأصح أن الكتابة تنفسخ بموته ويموت عبدًا وما فى يده لسيده، رواه الأثرم بإسناده عن عمر وزيد، والزهرى، وبه قال إبراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعى لما ذكرناه فى التى قبلها، ولأنه مات قبل أداء مال الكتابة فوجب أن تنفسخ كما لو لم يكن له مال وكما لو علق عتقه بأداء ألف فمات قبل أدائها، وعنه أنه يعتق ويموت حرًا فيكون لسيده بقية كتابته والباقى لورثته، روى ذلك عن على وابن مسعود ومعاوية، وبه قال عطاء والحسن وطاوس وشريح والنخعى والثورى والحسن بن صالح ومالك وإسحاق وأصحاب الرأى إلا أبا حنيفة قال:

من الثانى(٣٤) فإن مات السيد قبل إيتائه فهو دين فى تركته، لأنه حق واجب فهو كسائر ديونه، وإن ضاقت التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا فى التركة بقدر حقوقهم ويقدم ذلك على الوصايا، لأنه دين، وقد قضى النبى ﷺ أن الدين قبل الوصية(٣٥)، والله الموفق.

يكون حرًا فى آخر جزء من حياته، وهذا قول القاضى ووجه هذه الرواية ما تقدم فى التى قبلها، لأنها معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا تنفسخ بموت الآخر كالبيع، ولأن العبد أحد من تمت به الكتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والأول أولى، وتفارق الكتابة البيع، لأن كل واحد من المتعاقدين غير معقود عليه ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتلفه، والمكاتب هو المعقود عليه والعقد متعلق بعينه، فإذا تلف قبل تمام الأداء انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل قبضه، ولأنه مات قبل وجود شرط حريته ويتعذر وجودها بعد موته، فأما إن مات ولم يخلف الوفاء فلا خلاف فى المذهب أن الكتابة تنفسخ بموته ويموت عبدًا وما فى يده لسيده، وهو قول أهل الفتاوى من أئمة الأمصار إلا أن يموت بعد أداء ثلاثة أرباع الكتابة عند أبى بكر والقاضى ومن وافقهما فإنه يموت حرًا فى مقتضى قولهم، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى، وقال مالك: إن كان له ولد حر انفسخت الكتابة، وإن كان مملوكًا فى كتابته أجبر على دفع المال إن كان له مال، وإن لم يكن له أجبر على الاكتساب والأداء.

فصل: ولا تنفسخ الكتابة بالجنون، لأنها عقد لازم فلم تنفسخ بالجنون كالرهن، وفارق الموت، لأن العقد على العين والموت يفوت العين بخلاف الجنون، ولأن القصد من الكتابة العتق والموت ينافيه، ولهذا لا يصح عتق الميت، والجنون لا ينافيه بدليل صحة عتق المجنون، فعلى هذا إن أدى إليه المال عتق، لأن السيد إذا قبض منه فقد استوفى حقه الذى كان عليه وله أخذ المال من يده فيتضمن ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد، وإن لم يؤد إليه كان للسيد أن يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله فإن وجد له مالاً سلمه فى الكتابه وعتق، وإن لم يجد له مالاً جعل له أن يعجزه ويلزمه الإنفاق عليه، لأنه عاد قنًا، ثم إن وجد له الحاكم بعد ذلك ما لا يفى بمال الكتابة أبطل فسخ السيد، لأن الباطل بخلاف ما حكم به فبطل حكمه كما إذا أخطأ النص وحكم بالاجتهاد إلا أنه يرد على السيد ما أنفقه من حين الفسخ، لأنه لم يكن مستحقًا عليه فى الباطن، وإن أفاق وأقام البينة أنه كان قد دفع إليه مال الكتابة بطل أيضًا ولا يرد عليه ما أنفقه، لأنه أنفق عليه مع علمه بحريته فكان متطوعًا بذلك فلم يرجع به وينبغى أن يستحلف الحاكم السيد أنه ما استوفى مال الكتابة، وهذا قول أصحاب الشافعى ولم يذكره أصحابنا وهو حسن، لأنه يحتمل أنه استوفاه، والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه فيقوم الحاكم مقامه فى استحلافه عليه.

---

(٣٤) تقدم فى المسألة رقم (١٩٧٨/ ح ٧). (٣٥) تقدم فى المسألة رقم (٩٥٤) من كتاب الوصايا.

١٩٨١- **مسألة:** قال: **(وإن عجلت الكتابة قبل محلها لزم السيد الأخذ وعتق من وقته في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله، والرواية الأخرى إذا ملك ما يؤدى فقد صار حرًا).**

الكلام في هذه المسألة في فصلين: **أحدهما:** فيما إذا عجل المكاتب الكتابة قبل محلها، فالمنصوص عن أحمد أنه يلزم قبولها ويعتق المكاتب، وذكر أبو بكر فيه رواية أخرى أنه لا يلزم قبول المال إلا عند نجومه، لأن بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كما لو علق عتقه على شرط لم يعتق قبله، والصحيح في المذهب الأول وهو مذهب الشافعي، إلا أن القاضي قال: أطلق أحمد والخرقي هذا القول وهو مقيد بما لا ضرر

فصل: وقتل المكاتب كموته في انفساخ الكتابة على ما أسلفنا من الخلاف سواء كان القاتل السيد أو الأجنبي ولا قصاص على قاتله الحر، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم للحديث، فإن كان القاتل سيده ولم يخلف وفاء انفسخت الكتابة وعاد ما في يده إلى سيده ولم يجب عليه شيء، لأنه لو وجب لوجب له، **فإن قيل:** فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئًا من تركة المقتول، **قلنا:** ههنا لا يرجع إليه مال المكاتب ميراثًا بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة، وإنما يمنع القاتل الميراث خاصة، ألا ترى أن من له دين مؤجل إذا قتل من عليه الحق حل الدين في رواية، وأم الولد إذا قتلت سيدها عتقت، وإن كان المكاتب قد خلف وفاء وقلنا: إن الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك، وإن قلنا: لا تنفسخ فله القيمة على سيده تصرف إلى ورثته كما لو كانت الجناية على بعض أطرافه في حياته، وإن كان الوفاء يحصل بإيجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجب كما لو خلف وفاء، لأن دية المقتول كتركته في قضاء ديونه منها وانصرافها إلى ورثته بينهم على فرائض الله تعالى ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يخلف وارثًا أو لا يخلف وارثًا، وذكر القاضي أنه إذا لم يخلف وارثًا سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال.

ولنا: أن من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولا حق لسيده فيه، لأن صرفه إلى سيده بطريق الإرث، والقاتل لا ميراث له، وإن كان القاتل أجنبيًا وجبت القيمة للسيد إلا في الموضع الذي لا تنفسخ الكتابة تجب لورثته.

14- **مسألة: (وإذا عجلت الكتابة قبل محلها لزم السيد الأخذ وعتق).**

هذا المنصوص عن أحمد، ويحتمل أن لا يلزمه ذلك إذا كان في قبضه ضرر، وذكر أبو بكر فيه رواية أخرى أنه لا يلزمه قبول المال إلا عند نجومه، لأن بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كما لو علق عتقه على شرطه، لم يعتق والصحيح في المذهب الأول وهو مذهب الشافعي، إلا أن القاضي قال: أطلق أحمد والخرقي هذا القول وهو مقيد بما لا ضرر في قبضه قبل محله كالذي لا يفسد ولا يختلف قديمه وحديثه ولا

فى قبضه قبل محله كالذى لا يفسد ولا يختلف قديمه وحديثه ولا يحتاج إلى مؤنة فى حفظه ولا يدفعه فى حال خوف يخاف ذهابه، فإن اختل أحد هذه الأمور لم يلزم قبضه مثل أن يكون مما يفسد كالعنب والرطب والبطيخ أو يخاف تلفه كالحيوان، فإنه ربما تلف قبل المحل ففاته مقصوده، وإن كان مما يكون حديثه خيرًا من قديمه لم يلزمه أيضًا أخذه، لأنه ينقص إلى حين الحلول، وإن كان مما يحتاج إلى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضًا، لأنه يحتاج فى إبقائه إلى وقت المحل إلى موته فيتضرر بها ولو كان غير هذا إلا أن البلد مخوف يخاف نهبه لم يلزمه أخذه، لأن فى أخذه ضررًا لم يرض بالتزامه، وكذلك لو سلمه إليه فى طريق مخوف أو موضع يتضرر بقبضه فيه لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب ببذله.

قال القاضى: والمذهب عندى أن فى قبضه تفصيلاً على حسب ما ذكرناه فى السلم، ولأنه لا يلزم الإنسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولو رضى بالتزامه، وأما ما لا ضرر فى قبضه، فإذا عجله لزم السيد أخذه، وذكر أبو بكر أنه يلزمه قبوله من غير تفصيل اعتمادًا على إطلاق أحمد القول فى ذلك، وهو ظاهر إطلاق الخرقى لما روى الأثرم بإسناده عن أبى بكر ابن حزم: أن رجلاً أتى عمر رضي الله عنه فقال: يا أمير المؤمنين إنى كاتبت على كذا وكذا وإنى أيسرت بالمال فأتيته به فزعم أنه لا يأخذها إلا نجومًا فقال عمر رضي الله عنه: يا يرفأ خذ هذا المال فاجعله فى بيت المال وأد إليه نجومًا فى كل عام، وقد عتق هذا فلما رأى ذلك سيده أخذ

يحتاج إلى مؤنة فى حفظه ولا يدفعه فى حال خوف يخاف ذهابه، فإن اختل أحد هذه الأمور لم يلزمه قبضه مثل أن يكون مما يفسد كالعنب والرطب والبطيخ أو يخاف تلفه كالحيوان فإنه ربما تلف قبل المحل ففاته مقصوده، وإن كان مما يكون حديثه خيرًا من قديمه لم يلزمه أيضًا أخذه، لأنه ينقص إلى حين الحلول، وإن كان مما يحتاج إلى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضًا، لأنه يحتاج فى إبقائه إلى وقت المحل إلى مؤنة فيتضرر بها ولو كان غير هذا إلا أن البلد مخوف لم يلزمه أخذه، لأن فى أخذه ضررًا لم يرض بالتزامه وكذلك لو سلمه إليه فى طريق مخوف، أو فى موضع يتضرر بقبضه فيه لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب.

قال القاضى: والمذهب عندى أن فيه تفصيلاً على حسب ما ذكرناه فى السلم، ولأنه لا يلزم الإنسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولا رضى بالتزامه وأما ما لا ضرر فى قبضه، فإذا عجله لزم السيد أخذه، وذكر أبو بكر أنه يلزمه قبوله من غير تفصيل اعتمادًا على إطلاق أحمد القول فى ذلك، وهو ظاهر إطلاق الخرقى لما روى الأثرم بإسناده عن أبى بكر بن حزم أن رجلاً أتى عمر فقال: يا أمير المؤمنين إنى كاتبت على كذا وكذا وإنى أيسرت بالمال وأتيته به فزعم أنه لا يأخذها إلا نجومًا فقال عمر رضي الله عنه: يا يرفا خذ هذا المال فاجعله فى بيت المال وأد إليه نجومًا فى كل عام، وقد عتق هذا فلما رأى ذلك سيده أخذ المال، وعن عثمان رضي الله عنه نحو هذا، رواه سعيد بن منصور فى سننه عن عمر وعثمان جميعًا، وثنا هشيم عن ابن عون

المال، وعن عثمان بنحو هذا(٣٦)، ورواه سعيد بن منصور فى سننه عن عمر وعثمان جميعًا قال: حدثنا هشيم عن ابن عون عن محمد بن سيرين أن عثمان قضى بذلك، ولأن الأجل حق لمن عليه الدين، فإذا قدمه فقد رضى بإسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق، **فإن قيل**: إذا علق عتق عبده على فعل فى وقت ففعله فى غيره لم يعتق، فكذلك إذا قال: إذا أديت إلى ألفًا فى رمضان فأداه فى شعبان لم يعتق، **قلنا**: تلك صفة مجردة لا يعتق إلا بوجودها والكتابة معاوضة يبرأ فيها بأداء العوض فافترقا، وكذلك لو أبرأه من العوض فى الكاتبة عتق، ولو أبرأه من المال فى الصفة المجردة لم يعتق والأولى إن شاء الله ما قاله القاضى: فى أن ما كان فى قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله لما ذكره من الضرر الذى لم يقتضه العقد، وخبر عمر ﷺ لا دلالة فيه على وجوب قبض ما فيه ضرر، ولأن أصحابنا قالوا: لو لقيه فى بلد آخر فدفع إليه نجوم الكتابة أو بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل لم يلزمه قبوله لما عليه من الضرر فيه، وإن لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه كذا هٰهنا، وكلام أحمد رحمه الله محمول على ما إذا لم يكن فى قبضه ضرر، وكذلك قول الخرقى وأبى بكر.

فصل: إذا أحضر المكاتب مال الكتابة أو بعضه ليسلمه فقال السيد: هذا حرام أو غصب لا أقبله منك سئل العبد عن ذلك، فإن أقر به لم يلزم السيد قبوله، لأنه لا يلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له، وإن أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بينته، لأن له حقًا فى

عن محمد بن سيرين أن عثمان قضى بذلك، ولأن الأجل حق لمن عليه الدين فإذا قدمه فقد رضى بإسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق، **فإن قيل**: إذا علق عتق عبده على فعل فى وقت ففعله فى غيره لم يعتق، **قلنا**: تلك صفة مجردة لا يعتق إلا بوجودها والكتابة معاوضة يبدأ فيها بأداء العوض فافترقا، ولذلك لو أبرأه من العوض فى الكتابة عتق ولو أبرأه من المال فى الصفة المجردة لم يعتق، قال شيخنا: والأولى ما قاله القاضى فى أن ما كان فى قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله لما ذكره من الضرر الذى لم يقتضه العقد، وخبر عمر لا دلالة فيه على وجوب قبض ما فيه ضرر، ولأن أصحابنا قالوا: لو لقيه فى بلد آخر فدفع إليه نجوم الكتابة أو بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل لم يلزمه قبوله لما عليه من الضرر فيه، وإن لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه كذا هٰهنا، وكلام أحمد محمول على ما إذا لم يكن فى قبضه ضرر وكذلك قول الخرقى وأبى بكر.

فصل: إذا أحضر المكاتب مال الكتابة أو بعضه ليسلمه فقال السيد: هذا حرام أو غصب لا أقبله منك، سئل العبد عن ذلك، فإن أقر به لم يلزم السيد قبوله، لأنه لا يلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له، وإن أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بينته، لأن له حقًا فى أن لا يقتضى دينه من حرام ولا يأمن أن يرجع صاحبه عليه به، وإن لم تكن له بينة فالقول

---

(٣٦) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٣٥).

أن لا يقتضى دينه من حرام ولا يأمن من أن يرجع صاحبه عليه به، وإن لم تكن له بينة فالقول قول العبد مع يمينه فإن نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضًا، وإن حلف قيل للسيد: إما أن تقبضه، وإما أن تبرئه ليعتق، فإن قبضه وكان تمام كتابته عتق ثم ينظر، فإن ادّعى أنه حرام مطلقًا لم يمنع منه، لأنه لا يقر به لأحد وإنما تحريمه فيما بينه وبين الله تعالى، وإن ادّعى أنه غصبه من فلان لزمه دفعه إليه إن ادعاه، لأن قوله وإن لم يقبل فى حق المكاتب فإنه يقبل فى حق نفسه كما لو قال رجل لعبد فى يد غيره: هذا حر وأنكر ذلك من العبد فى يده لم يقبل قوله عليه، فإن انتقل إليه بسبب من الأسباب لزمته حريته، وإن أبرأه من مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه، لم يلزمه قبضه، لأنه لم يبق له عليه حق، وإن لم يبرئه ولم يقبضه كان له دفع ذلك إلى الحاكم ويطالبه بقبضه فينوب الحاكم فى قبضه عنه ويعتق العبد، كما رويناه عن عمر وعثمان فى قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه.

فصل: وإذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره، فلو كاتبه على دنانير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض، وإن كاتبه على دراهم لم يلزمه أخذ الدنانير ولا العروض، وإن كاتبه على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره، وإن كاتبه على نقد وأعطاه من جنسه خيرًا منه وكان ينفق فيما ينفق فيه الذى كاتبه عليه لزمه أخذه، لأنه زاده خيرًا، وإن كان لا ينفق فى بعض البلدان التى ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله، لأن عليه فيه ضررًا.

قول العبد مع يمينه، فإن نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضًا، وإن حلف قيل للسيد: إما أن تقبضه وإما أن تبرئه ليعتق، فإن قبضه وكان تمام كتابته عتق ثم ينظر، فإن ادعى أنه حرام مطلقًا لم يمنع منه، لأنه لم يقر به لأحد، وإنما تحريمه فيما بينه وبين الله تعالى، وإن ادعى أنه غصبه من فلان لزمه دفعه إليه، لأن قوله وإن لم يقبل فى حق المكاتب فإنه يقبل فى حق نفسه، كما لو قال رجل لعبد فى يد غيره: هذا حر، وأنكر ذلك من العبد فى يده لم يقبل قوله عليه، فإنه انتقل إليه بسبب من الأسباب لزمته حريته، فإن أبرأه من مال الكتابة لم يلزمه قبضه، لأنه لم يبق له عليه حق، وإن لم يبرئه ولم يقبضه كان له دفع ذلك إلى الحاكم ويطالبه بقبضه فينوب الحاكم فى قبضه عنه ويعتق العبد كما رويناه عن عمر وعثمان رضي الله عنهما فى قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه.

فصل: إذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره، فلو كاتبه على دنانير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض، وإن كانت على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره، وإن كانت على نقد فأعطاه من جنسه خيرًا منه وكان ينفق فيما ينفق فيه الذى كاتبه عليه لزمه أخذه، لأنه زاده خيرًا، وإن كان لا ينفق فى بعض البلدان التى ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله، لأن عليه فيه ضررًا.

15- **مسألة: ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده ويضع عنه بعض كتابته** مثل أن يكاتبه

الفصل الثاني: إذا ملك ما يؤدى فالصحيح أنه لا يعتق حتى يؤدى، روى ذلك عن عمر وابنه وزيد وعائشة رضي الله عنهم فإنهم قالوا: المكاتب عبد ما بقى عليه درهم(٣٧) وهو قول أكثر أهل العلم، وعن أحمد رضي الله عنه رواية أخرى أنه إذا ملك ما يؤدى عتق ،لما روى سعيد قال: حدثنا سفيان عن الزهرى عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبى ﷺ قال: «إذا كان لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدى فلتحتجب منه»(٣٨) ورواه أبو داود وابن ماجه والترمذى، وقال: حديث حسن صحيح، فأمرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه، ولأنه مالك لوفاء مال الكتابة أشبه ما لو أداه، فعلى هذه الرواية يصير حرًّا بملك الوفاء فمتى امتنع منه أجبره الحاكم عليه، وإن هلك ما فى يديه قبل الأداء صار دينًا فى ذمته وقد صار حرًا، ووجه الرواية الأولى: ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم(٣٩) ـ وقوله ـ أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق فهو عبد، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد» رواه سعيد(٤٠)، وفى رواية «من كاتب عبده على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق «أو قال»: «إلا عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق»(٤١) رواه الترمذى وقال: هذا حديث حسن غريب، ولأنه عتق علق بعوض فلم يعتق قبل أدائه كما لو قال: إذا أديت إلى ألفًا فأنت حر، فعلى هذه الرواية إن أدى عتق، وإن لم يؤد لم يعتق فإن امتنع من الأداء، فقال أبو بكر: يؤديه الإمام منه

على ألف فى نجمين إلى سنة ثم قال: عجل لى خمسمائة حتى أضع عنك الباقى أو حتى أبرئك من الباقى، أو قال: صالحنى منه على خمسمائة معجلة، جاز ذلك، وبه يقول طاوس والزهرى والنخعى وأبو حنيفة وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبى، وقال الشافعى: لا يجوز، لأن هذا بيع ألف بخمسمائة وهو ربا الجاهلية، وهو أن يزيد فى الدين لأجل الأجل وهذا أيضًا هبة، لأن هذا لا يجوز بين الأجانب والربا يجرى بين المكاتب وسيده فلم يجز هذا بينهما كالأجانب.

ولنا: أن مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح بدليل أنه لا يجبر على أدائه وله أن يمتنع من أدائه ولا تصح الكفالة به وما يؤديه إلى سيده كسب عبده، وإنما جعل الشرع هذا العقد وسيلة إلى العتق وأوجب فيه التأجيل مبالغة فى تحصيل العتق وتخفيفًا على المكاتب، فإذا أمكنه التعجيل على وجه يسقط عنه بعض ما عليه كان أبلغ فى حصول العتق وأخف على العبد ويحصل من السيد إسقاط بعض ماله على عبده، ومن الله تعالى إسقاط بعض ما أوجبه عليه من الأجل لمصلحته، ويفارق سائر الديون بما ذكرنا، ويفارق الأجانب من حيث أن هذا

---

(٣٧) تقدم برقم (٢١). (٣٨) تقدم برقم (٢٢). (٣٩) تقدم برقم (٣٧).
(٤٠) تقدم برقم (٣٢) مسألة (١٠٤٠).
(٤١) تقدم برقم (٣٢) مسألة (١٠٤٠).

ولا يكون ذلك عجزًا ولا يملك السيد الفسخ وهو قول أبى حنيفة، ويحتمل كلام الخرقى أنه إذا لم يؤد عجزه السيد إن أحب، فإنه قال: إذا لم يؤد نجمًا حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب وعاد عبدًا غير مكاتب، ونحوه قال الشافعى: فإنه قال: إن شاء عجز نفسه وامتنع من الأداء ووجهه أن العبد لا يجبر على اكتساب ما يؤديه فى الكتابة فلا يجبر على الأداء كسائر العقود الجائزة ووجه الأول أنه يثبت للعبد استحقاق الحرية بملك ما يؤدى فلم يملك إبطالها كما لو أدى فإن تلف المال قبل أدائه جاز تعجيزه واسترقاقه وجهًا واحدًا.

١٩٨٢- مسألة: قال: **(وإذا أدى بعض كتابته ومات وفى يده وفاء وفضل فهو لسيده فى إحدى الروايتين والأخرى لسيده بقية كتابته والباقى لورثته)**.

يحتمل أن هذه المسألة مبنية على ما قبلها، فإذا قلنا: إنه لا يعتق بملك ما يؤدى فقد مات رقيقًا فانفسخت الكتابة بموته وكان ما فى يده لسيده، وإن قلنا: إنه عتق بملك ما يؤدى فقد مات حرًا وعليه لسيده بقية كتابته، لأنه دين له عليه والباقى لورثته.

قال القاضى: الأصح أنه تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبدًا وما فى يده لسيده، رواه الأثرم بإسناده عن عمر وزيد والزهرى(٤٢) وبه قال إبراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعى لما ذكرناه فى التى قبلها، ولأنه مات قبل أداء مال الكتابة فوجب أن تنفسخ كما لو لم يكن له مال، ولأنه عتق علق بشرط مطلق فينقطع بالموت، كما لو قال: إذا أديت إلى ألفًا فأنت حر.

عبده فهو أشبه بعبده القن، وأما قولهم: إن الربا يجرى بينهما، فيمنعه ما ذكره ابن أبى موسى، وإن سلمنا فإن هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه وهو يخالف ربا الجاهلية فإنه إسقاط لبعض الدين وربا الجاهلية زيادة فى الدين تفضى إلى نفاد مال المدين وتحمله ما يعجز عن وفائه من الدين فيحبس من أجله وهذا يفضى إلى تعجيل عتق المكاتب وخلاصه من الرق والتخفيف عنه فافترقا.

فصل: فإن اتفقا على الزيادة فى الأجل والدين مثل أن يكاتبه على ألف فى نجمين إلى سنة يؤدى خمسمائة فى نصفها والباقى فى آخرها فيجعلانها إلى سنتين بألف ومائتين فى كل سنة ستمائة أو مثل أن يحل عليه نجم فيقول أخرنى إلى كذا وأزيدك كذا فلا يجوز، لأن الدين المؤجل إلى وقت لا يتأخر أجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره، وإذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التى فى مقابلته، ولأن هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة فى الدين للزيادة فى الأجل، ويفارق المسألة الأولى من هذين الوجهين، **فإن قيل:** فكما أن الأجل لا يتأخر فكذلك لا يتعجل ولا يصير المؤجل حالاً فلمَ جاز فى المسألة الأولى؟ **قلنا:** إنما جاز فى المسألة الأولى بالتعجيل فعلا، فإنه إذا دفع إليه الدين المؤجل قبل محله جاز وجاز للسيد إسقاط باقى حقه عليه، وفى هذه المسألة يأخذ أكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد

---

(٤٢) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٣١، ٣٣٢) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٣٩٢).

والرواية الثـانية: يعتق ويموت حرًا ولسيده بقيـة كتابته وما فضل لورثته، وروى ذلك عن على وابن مسعـود ومعاوية(٤٣)، وبه قال عطاء والحسن وطاوس وشـريح والنخعى والثورى والحسن بن صالح ومالك وإسحاق وأصحاب الرأى، إلا أن أبا حنيفة قال: يكون حرًا فى آخر جزء من حـياته، وهذا قـول القاضى ووجه هذه الرواية مـا قدمنا لهـا فى التى قبلهـا، ولأنها معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا تنفسخ بموت الآخر كالبيع، ولأن العبد أحد من تمت به الكتابة فلم تنفسخ بموته كالسـيد، والأولى أولى وتفارق الكتابة البيع، لأن كل واحد من المتعاقدين غير معقود عليه ولا يتـعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتلفه والمكاتب هو المعقود عليه والعـقد يتعلق بعـينه، فإذا تلف قبل تمـام الأداء انفسخ العقد كـما لو تلف المبـيع قبل قبضه، ولأنه مات قبل وجود شرط حريته ويتعذر وجوده بعد موته.

فـــصـل: وإن مات ولم يـخلف وفاء فلا خـلاف فى المذهب أن الكتـابة تنفسخ بـموته ويموت عبدًا وما فى يده لسيده، وهو قول أهل الفتوى من أئمة الأمصار إلا أن يموت بعد أداء ثلاثة أرباع الكتابة عند أبى بكر والقاضى ومن وافقهما فإنه يموت حرًا فى مقتضى قولهم.

وقال مالك: إن كان له ولد حر انفسخت الكتابة، وإن كان له مملوك فى كتابته أجبر على دفع المال كله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال أجبر على الاكتساب والأداء.

وقد روى عن على رضي الله عنه أنه يعـتق منه بقدر ما أدى(٤٤)، وروى عن ابن عـباس رضي الله عنهما أن

المسـألة الأولى، وهو ممـتنع من وجه آخر، لأن فى ضـمن الكتابة أنك مـتى أديت إلى كذا فأنت حر، فإذا أدى إليـه ذلك فينبغى أن يعتق، **فإن قـيل**: فإذا غير الأجل والعـوض فكأنهما فسخا الكتابة الأولى وجـعلا كتابة ثانية، **قـلنـا**: لم يجر بينهما فسخ وإنما قـصد تغيير العوض والأجل على وجه لا يصح فبطل التـغيير وبقى العقد بحاله، ويحـتمل أن يصح ذلك كما فى المسألة الأولى، فعلى هذا لو اتـفقا على ذلك ثم رجع أحدهما قبل التعـجيل فله الرجوع لما ذكرنا من أن الدين المتأخر لا يتأخـر عن أجله ولا يتقدم وإنما له أن يؤديه قبل محله ولمن له الدين ترك قبضه فى محله، وذلك إلى اختياره فإذا وعد به ثم رجع قبل الفعل فله ذلك.

فـــصـل: وإن صالح المكاتب سيده عـما فى ذمته بغير جنسـه مثل أن يصالح عن النقود بحنطة أو شعـير جاز إلا أنه لا يجوز أن يصالحـه على شىء مؤجل، لأنه يكون بيع دين بدين وإن صالحه عن الدراهم بدنانير أو عن الحنطة بشعير لم يجز التفرق قبل القبض، لأن هذا بيع فى الحقيقة فيشترط له القبض فى المجلس، وقال القاضى: يحتمل أن لا تصح هذه المصالحة مطلقًا، لأن هذا دين من شرطه التأجيل فلم تجز المصالحة عـليه بغيره، ولأنه دين غير مستقر

---

(٤٣) أخرجه عبد الرزاق فى «المـصنف» (٨/ ٣٩١/ ٣٩٣) والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٣١، ٣٣٢) عن على ومعاوية رضي الله عنهما.

(٤٤) تقدم برقم (١٣) مسألة (١٩٧٨).

النبى ﷺ قال: «إذا أصاب المكاتب حدًا أو ميراثًا ورث بقدر ما أدى ويؤدى المكاتب بحصة ما أدى»[(٤٥)] وعن عمر وعلى والنخعى إذا أدى الشطر فلا رق عليه[(٤٦)].

وقال ابن مسعود: إذا أدى قدر قيمته فهو غريم[(٤٧)]، وقد ذكرنا الجواب عن هذه الأقوال كلها فيما تقدم بما أغنى عن إعادته إن شاء الله تعالى.

فصل: ولا تنفسخ الكتابة بالجنون، لأنها عقد لازم فلم تنفسخ بالجنون كالرهن وفارق الموت، لأن العقد على العين والموت يفوت العين بخلاف الجنون، ولأن القصد من الكتابة العتق والموت ينافيه، ولهذا لا يصح عتق الميت، والجنون لا ينافيه بدليل صحة عتق المجنون فعلى هذا إن أدى إليه المال عتق، لأن السيد إذا قبض منه فقد استوفى حقه الذى كان عليه وله أخذ المال من يده فيتضمن ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد، وإن لم يؤد إليه كان للسيد أن يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله، فإن وجد له مالاً سلمه فى الكتابة وعتق، وإن لم يجد له مالاً جعل له أن يعجزه ويلزمه الإنفاق عليه، لأنه عاد قنًا ثم إن وجد له الحاكم بعد ذلك مالاً يفى بمال الكتابة أبطل فسخ السيد، لأن الباطن بان بخلاف ما حكم به فبطل حكمه كما إذا أخطأ النص وحكم بالاجتهاد إلا أنه يرد على السيد ما أنفقه من حين الفسخ، لأنه لم يكن مستحقًا عليه فى الباطن، وإن أفاق فأقام البينة أنه كان قد دفع إليه مال الكتابة بطل أيضًا فسخ السيد ولا يرد عليه ما أنفقه لأنه أنفق

فهو كدين السلم، وقال ابن أبى موسى: لا يجرى الربا بين المكاتب وسيده فعلى قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما تجوز بين العبد القن وسيده، والأولى ما ذكرنا ويفارق دين الكتابة دين السلم فإنه يفارق سائر الديون بما ذكرنا فى هذه المسألة فمفارقته لدين السلم أعظم.

16- مسألة: (وإذا أدى وعتق فوجد السيد بالعوض عيبًا فله أرشه أو قيمته ولا يرتفع العتق).

وجملة ذلك أن المكاتب إذا دفع العوض فى الكتابة فبان مستحقًا تبين أنه لم يعتق وكان وجود هذا الدفع كعدمه، لأنه لم يؤد الواجب عليه، وقيل له: إن أديت الآن وإلا فسخت كتابتك، وإن كان قد مات بعد الأداء فقد مات عبدًا، فإن بان معيبًا مثل أن كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيبًا بعد قبضها نظرت، فإنت رضى بذلك وأمسكها استقر العتق، **فإن قيل:** يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد، فإن ما يقابل العيب لم يقبضه فأشبه ما لو كاتبه على عشرة فأعطاه تسعة، **قلنا:** إمساكه العيب راضيًا به رضًا منه بإسقاط حقه فجرى مجرى إبرائه من بقية كتابته، وإن اختار إمساكه وأخذ أرش العيب أو رده فله ذلك، قال أبو بكر: وقياس قول أحمد أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الأرش، لأن العتق إتلاف

---

(٤٥) تقدم برقم (٣٥) مسألة (١٠٤٠).
(٤٦) تقدم برقم (١٥) مسألة (١٩٧٨).
(٤٧) تقدم برقم (١٦) مسألة (١٩٧٨).

عليه مع علمه بحريته فكان متطوعًا بذلك فلم يرجع به وينبغى أن يستحلف السيد الحاكم أنه ما استوفى مال الكتابة وهذا قول أصحاب الشافعى ولم يذكره أصحابنا وهو حسن، لأنه يحتمل أنه استوفاه والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدّعيه فيقوم الحاكم مقامه فى استخلافه عليه.

فصل: وقتل المكاتب كموته فى انفساخ الكتابة على ما أسلفنا من الخلاف، سواء كان القاتل السيد أو الأجنبى ولا قصاص على قاتله الحر، لأن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم، فإن كان القاتل سيده ولم يخلف وفاءه انفسخت الكتابة وعاد ما فى يده إلى سيده ولم يجب عليه شىء، لأنه لو وجب لوجب له، **فإن قيل**: فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئًا من تركة المقتول، **قلنا**: ههنا لا يرجع إليه مال المكاتب ميراثًا بل يحكم ملكه عليه لزوال الكتابة وإنما يمنع القاتل الميراث خاصة ألا ترى أن من له دين مؤجل إذا قتل من عليه الحق حل دينه وفى رواية، وأم الولد إذا قتلت سيدها عتقت، وإن كان المكاتب قد خلف وفاء، وقلنا: إن الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك، وإن قلنا: لا تنفسخ بموته فله القيمة على سيده تصرف إلى ورثته كما لو كانت الجناية على بعض أطرافه فى حياته، فإن كان الوفاء يحصل بإيجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجبت كما لو خلف وفاء، ولأن دية المقتول كتركته فى قضاء ديونه منها وانصرافها إلى وراثه بينهم على فرائض الله تعالى ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يخلف وارثًا أو لا يخلف وارثًا، وذكر القاضى أنه إذا لم يخلف وارثًا سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال.

واستهلاك فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع، ولأنه ليس المقصود منه المال فأشبه الخلع، وقال القاضى: يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع، لأن العتق إنما يستقر باستقرار الأداء، وقد ارتفع الأداء فارتفع العتق، وهذا مذهب الشافعى، لأن الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضى فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع، وإن اختار إمساكه وأخذ الأرش فله ذلك وتبين أن العتق لم يقع، لأننا تبينا أن ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ظن وقوع العتق لا يوقعه إذا بان الأمر بخلافه كما لو بان العوض مستحقًا، وإن تلفت العين عند السيد أو حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب والحكم فى ارتفاع العتق على ما ذكرنا فيما مضى، ولو قال السيد لعبده: إن أعطيتنى عبدًا فأنت حر، فأعطاه عبدًا فبان حرًا أو مستحقًا لم يعتق بذلك، لأن معناه إن أعطيتنيه ملكًا ولم يعطه إياه ملكًا ولم يملكه إياه.

فصل: وإذا دفع إليه مال الكتابة ظاهرًا فقال له السيد: أنت حر، أو قال: هذا حر، ثم بان العوض مستحقًا لم يعتق بذلك، لأن ظاهره الإخبار عما حصل له بالأداء فلو ادعى المكاتب أن السيد قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه، لأن الظاهر معه وهو أخبر بما نوى.

ولنا: أن من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولا حق لسيده فيه، لأن صرفه إلى سيده بطريق الإرث والقاتل لا ميراث له، وإن كان القاتل أجنبيًا وجبت القيمة لسيده إلا فى الموضع الذى تنفسخ الكتابة فإنها تجب لورثته، والله أعلم.

١٩٨٣- مسألة: قال: **(وإذا مات السيد كان العبد على كتابته وما أدى فبين ورثة سيده مقسومًا كالميراث).**

وجملة ذلك أن الكتابة لا تنفسخ بموت السيد، لا نعلم بين أهل العلم خلافًا، وذلك لأنه عقد لازم من جهته لا سبيل إلى فسخه فلم ينفسخ بموته كالبيع والإجارة، إذا ثبت هذا فإن المكاتب يؤدى نجومه أو ما بقى منها إلى ورثته، لأنه دين لموروثهم ويكون مقسومًا بينهم على قدر مواريثهم كسائر ديونه، فإن كان له أولاد ذكور وإناث فللذكر مثل حظ الأنثيين ولا يعتق حتى يؤدى إلى كل ذى حق حقه، فإن أدى إلى بعضهم دون بعض لم يعتق كما لو كان بين شركاء فأدى إلى بعضهم، فإن كان بعضهم غائبًا وكان له وكيل دفع نصيبه إلى وكيله، وإن لم يكن له وكيل دفع نصيبه إلى الحاكم وعتق وإن كان موليًا عليه دفع نصيبه إلى وليه أما ابنه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه، فإن كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع إليهما معًا، وإن كان الوارث رشيدًا قبض لنفسه ولا تصح الوصية إلى غيره ليقبض له، لأن الرشيد ولى نفسه، وإن كان بعضهم رشيدًا وبعضهم موليًا عليه فحكم كل واحد منهم حكمه لو انفرد، وإن أذن

فصل: قال ﷺ: **ويملك المكاتب اكتسابه ومنافعه والشراء والبيع والإجارة والاستئجار والسفر وأخذ الصدقة والإنفاق على نفسه وولده ورقيقه،** وكل ما فيه صلاح المال يملك المكانب إكسابه ومنافعه والشراء والبيع بإجماع أهل العلم، لأن عقد الكتابة لتحصيل العتق ولا يحصل إلا بأداء عوضه ولا يمكنه الأداء إلا بالاكتساب، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب فإنه قد جاء فى بعض الآثار أن تسعه أعشار الرزق فى التجارة، ويملك الإجارة والاستئجار قياسًا على البيع والشراء ويملك السفر قريبًا كان أو بعيدًا، وهذا قول الشعبى والنخعى والحسن بن صالح وأبى حنيفة، وقد أطلق أصحابنا القول فى ذلك ولم يفرقوا بين السفر الطويل وغيره، وقياس المذهب أن له منعه من سفر تحل نجوم كتابته قبله، لأنه يتعذر معه استيفاء النجوم فى وقتها والرجوع فى رقه عند عجزه فمنع منه كالغريم الذى يحل الدين عليه قبل مدة سفره واختلف قوله فقال فى موضع: له السفر، وقال فى موضع: ليس له السفر إذا كان قصيراً، لأنه فى حكم الحاضر والموضع الذى منع منه إذا كان بعيدًا يتعذر معه استيفاء نجومه والرجوع فى رقه عند عجزه.

ولنا: أن المكاتب فى يد نفسه وإنما للسيد عليه دين أشبه الحر المدين، وما ذكروه لا أصل له ويبطل بالحر الغريم وله أخذ الصدقة الواجبة والمستحبة، لأن الله تعالى جعل للمكاتبين الأخذ من الواجبة وإذا جاز الأخذ من الواجبة فالمستحبة أولى.

بعضهم له فى الأداء إلى الآخر وكان الذى أذن له فى ذلك رشيدًا فأدى إلى الآخر جميع حقه عتق نصيبه، فإن كان معسرًا لم يسر إلى نصيب شريكه، وإن كان موسرًا عتق عليه كله وقوم عليه باقيه كما لو كان بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه وهذا ظاهر كلام الخرقى، وهو أحد قولى الشافعى وقال القاضى: لا يسرى عتقه وإن كان موسرًا، وهو القول الثانى للشافعى وقال أبو حنيفة: لا يعتق إلا بأداء جميع مال الكتابة، لأنه أدى بعض مال الكتابة فأشبه ما لو أداه إلى السيد، وإن أبرأه من مال الكتابة برئ منه وعتق وإن أبرأه بعضهم عتق نصيبه، وكذلك إن أعتق نصيبه منه عتق والخلاف فى هذا كله كالخلاف فيما إذا أدى بعضهم بإذن الآخر.

ولنا: على أنه يعتق نصيب من أبرأه من حقه عليه أو استوفى نصيبه بإذن شركائه أنه أبرأه من جميع ما له عليه فوجب أن يلحقه العتق كما لو أبرأه سيده من جميع مال الكتابة، وفارق ما إذا أبرأه سيده من بعض مال الكتابة، لأنه ما أبرأه من جميع حقه.

ولنا: على سراية عتقه أنه إعتاق لبعض العبد الذى يجوز إعتاقه من موسر جائز التصرف غير محجور عليه فوجب أن يسرى عتقه كما لو كان قنًا، ولأنه عتق حصل بفعله واختياره فسرى كمحل الوفاق **فإن قيل:** فى السراية إضرار بالشركاء، لأنه قد يعجز فيرد إلى الرق، قلنا: إذا كان العتق فى محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذى لا كتابة فيه فلأن يزيل عرضية ذلك بطريق الأولى.

17- مسألة: (وإن شرط عليه أن لا يسافر ولا يأخذ الصدقة فهل يصح الشرط؟ على وجهين).

إذا شرط السيد على مكاتبه أن لا يسافر، فقال القاضى: الشرط باطل، وهو قول الحسن وسعيد بن جبير والشعبى والنخعى وأبى حنيفة، لأنه ينافى مقتضى العقد فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب، ولأنه غريم فلم يصح ترك السفر عليه كما لو أقرض لرجل قرضًا بشرط أن لا يسافر، وقال أبو الخطاب: يصح الشرط وله منعه من السفر وهو قول مالك، لقول النبى ﷺ : «المسلمون على شروطهم» ولأنه شرط له فيه فائدة فلزم كما لو شرط نقدًا معلومًا، وبيان فائدته أنه لا يأمن إباقه، وأنه لا يرجع إلى سيده فيفوت العبد والمال الذى عليه ويفارق القرض، فإنه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب بأخذه ومنع الغريم السفر قبل إيفائه فكان المنع من السفر حاصلاً بدون شرطه بخلاف الكتابة، فإنه لا يمكن للسيد منعه من السفر إلا بشرطه وفيه حفظ عبده وماله فلا يمنع من تحصيله، وهذا أصح إن شاء الله تعالى، فعلى هذا الوجه لسيده منعه من السفر فإن سافر بغير إذنه فله رده إن أمكنه، وإن لم يمكنه رده احتمل أن له تعجيزه ورده إلى الرق، لأنه لم يف بما شرط عليه أشبه ما لو لم يف بأداء الكتابة، واحتمل أن لا يملك ذلك، لأنه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه فلم يملك تعجيزه كما لو لم يشرط عليه.

١٩٨٤- **مسألة:** قال: (**وولاؤه لسيده وإن عجز فهو عبد لسائر الورثة**).

يعنى: بجميع الورثة أما إذا عجز ورد فى الرق فإنه يكون عبداً لجميع الورثة كما لو لم يكن مكاتبًا، لأنه من مال موروثهم فكان بينهم كسائر المال، وأما إذا أدى مال الكتابة وعتق فقال الخرقى: يكون ولاؤه لمكاتبه يختص به عصباته دون أصحاب الفروض، وهذا قول أكثر الفقهاء وهو اختيار أبى بكر ونقله إسحاق بن منصور عن أحمد رحمه الله وإسحاق وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قال: اختلف الناس فى المكاتب يموت سيده وعليه بقية من كتابته قال بعض الناس: الولاء للرجال والنساء، وقال بعض الناس: لا ولاء للنساء، لأن هذا إنما هو دين على المكاتب ولا يرث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن ولكل وجه، والذى أراه ويغلب على أنهن يرثن، وذلك لأن المكاتب لو عجز بعد وفاة السيد رد رقيقًا وهذا قول طاوس والزهرى، وذلك لأن المكاتب انتقل إلى الورثة بموت المكاتب فكان ولاؤه لهم كما لو انتقل إلى المشترى، ولأنه يؤدى إلى الورثة فكان ولاؤه لهم كما لو أدى إلى المشترى، ووجه الأول أن السيد هو المنعم بالعتق فكان الولاء له كما لو أدى إليه، ولأن الورثة إنما ينتقل إليهم ما بقى للسيد وإنما بقى للسيد دين فى ذمة المكاتب، والفرق بين الميراث والشراء أن السيد نقل حقه فى المبيع باختياره فلم يبق له فيه حق من وجه، والوارث يخلف الموروث

فصل: **وإن شرط عليه أن لا يسأل الناس**، فقال أحمد: قال جابر بن عبد الله: هم على شروطهم إن رأيته يسأل تنهاه فإن قال: لا أعود، لم يرده عن كتابته فى مرة، فظاهر هذا أن الشرط صحيح لازم، وأنه إن خالف مرة لم يعجزه، وإن خالف مرتين أو أكثر فله تعجيزه، قال أبو بكر: إذا رآه يسأل مرة فى مرة عجزه كما إذا حل نجم فى نجم عجزه فاعتبر المخالفة فى مرتين كحلول نجمين، وإنما صح الشرط لقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم» ولأن له فى هذا فائدة وغرضًا صحيحًا وهو أن لا يكون كلاً على الناس ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم، وذكر أبو الخطاب أنه لا يصح الشرط، لأن الله تعالى جعل للمكاتب سهمًا من الصدقة بقوله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ (التوبة: ٦٠) وهم المكاتبون فلا يصح اشتراط ترك طلب ما جعل الله له.

18- **مسألة:** (**وله الإنفاق على نفسه وولده ورقيقه وكل ما فيه صلاح المال**).

لأن له التصرف فى المال بما يعود بمصلحته ومصلحة ماله والإنفاق على نفسه وولده ورقيقه من أهم المصالح فينفق عليهم ما يحتاجون إليه من مأكلهم ومشربهم وكسوتهم بالمعروف مما لا غنى لهم عنه والحيوان الذى له، وله تأديب عبيده وتعزيرهم إذا فعلوا ما يستحقون ذلك، لأنه من مصلحة ملكه فملكه كالنفقة عليهم، ولا يملك إقامة الحد عليهم، لأنه موضع ولاية وما هو من أهلها وله أن يختنهم، لأنه من مصلحتهم وله المطالبة بالشفعة والأخذ بها، لأنه نوع شراء فإن كان المشترى للشقص سيده فله أخذه منه، لأن له أن يشترى

ويقوم مقامه ويبنى على ما فعله موروثه ولا ينتقل إليه شيء أمكن بقاؤه لموروثه والولاء مما أمكن بقاؤه للموروث فوجب أن لا ينتقل عنه.

فصل: فإن أعتقه الورثة صح عتقهم لأنه ملك لهم فصح عتقهم له، ولأن السيد لو أعتقه نفذ عتقه وهم يقومون مقام موروثهم ويكون ولاؤه لهم، لقول النبى ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»[٤٨] وإن أعتق بعضهم نصيبه فعتق عليه كله قوم عليه نصيب شركائه وكان ولاؤه له، وإن لم يسر عتقه لكونه معسراً أو لغير ذلك فله ولاء ما أعتقه للخبر، ولأنه منعم عليه بالعتق فكان الولاء له كغير المكاتب، وقال القاضى: إن أعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد، وإن أعتق بعضهم لم يسر عتقه ثم ينظر فإن أدى إلى الباقين عتق كله وكان ولاؤه للسيد، وإن عجز فردوه إلى الرق كان ولاء نصيب المعتق له، لأنه لولا إعتاقه لعاد سهمه رقيقًا كسهام سائر الورثة فلما أعتقه كان هو المنعم عليه فكان الولاء له دونهم، فأما إن أبرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما إذا أدى إليهم، لأن الإبراء جرى مجرى استيفاء ما عليه ويحتمل أن يكون الولاء لهم، لأنهم أنعموا عليه بما عتق به فأشبه ما لو أعتقوه، وإن أبرأه بعضهم من نصيبه كان فى ولائه ما ذكرناه من الخلاف، والله أعلم.

فصل: وإذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه صح بيعهم وهبتهم، لأنهم يقومون مقام

منه، وإن اشترى المكاتب شقصًا لسيده فيه شركة فله أخذه من المكاتب بالشفعة، لأنه مع سيده فى باب البيع والشراء كالأجنبى، وإن وجبت للسيد على مكاتبه شفعة فادعى المكاتب أن سيده عفا عنها سمعت دعواه، وإن أنكره السيد كان عليه اليمين، وإن أذن السيد لمكاتبه فى البيع بالمحاباة صح منه وكان لسيده الأخذ بالشفعة، لأن بيعه بالمحاباة مع سيده فيه صحيح، ويصح إقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدين، لأنه يصح تصرفه فيه بذلك ومن ملك شيئًا ملك الإقرار به.

19- مسألة: (وليس له أن يتزوج ولا يتسرى ولا يتبرع ولا يقرض ولا يحابى ولا يقتص من عبده الجانى على بعض رقيقه ولا يعتق ولا يكاتب إلا بإذن سيده).

وجملة ذلك أن المكاتب ليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده، وهو قول الحسن ومالك والليث وأبى حنيفة والشافعى وأبى يوسف، وقال الحسن بن صالح: له ذلك، لأنه عقد معاوضة أشبه البيع.

ولنا: قول النبى ﷺ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر» ولأن على السيد ضرراً، لأنه إن عجز رجع إليه ناقص القيمة ويحتاج أن يؤدى المهر والنفقة من كسبه فيعجز عن أداء نجومه فيمنع من ذلك كالتبرع به، فعلى هذا إذا تزوج لم يصح، وقال الثورى: نكاحه موقوف إن أدى تبينا أنه كان صحيحًا، وإن عجز فنكاحه باطل.

---

(٤٨) تقدم برقم (١١) مسألة (٩٥٢).

المكاتب، والمكاتب يملك بيعه وهبته، فكذلك ورثته ويكون عند المشترى والموهوب له مبقى على كتابته، فإن عجز فعجزه عاد رقيقًا له، وإن أدى وعتق كان ولاؤه لمن يؤدى إليه على الرواية التى تقول إن ولاءه للورثة إذا أدى إليهم، وأما على الرواية الأخر فيحتمل أن لا يصح بيعه ولا هبته، لأن ذلك يقتضى إبطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذى كاتبه وليس ذلك للورثة ويحتمل أن يصح ويكون الولاء للسيد إن عتق بالكتابة، لأن السيد عقدها فعتق بها فكان ولاؤه له ويفارق ما باعه السيد، لأن السيد ببيعه أبطل حق نفسه وله ذلك بخلاف الورثة فإنهم لا يملكون إبطال حق موروثهم.

فصل: وإن وصى السيد بمال الكتابة لرجل صح، فإن سلم مال الكتابة إلى الموصى له أو وكيله أو وليه، وإن كان محجورًا عليه برئ منه وعتق وولاؤه لسيده الذى كاتبه، لأنه المنعم عليه وإن أبرأه من المال عتق أيضًا، لأنه برئ من مال الكتابة فأشبه ما لو أدى، وإن أعتقه لم يعتق، لأنه لا يملك رقبته ولا وصى له بها وإنما وصى له بالمال الذى عليه، وإن عجز ورد فى الرق عاد عبدًا للورثة وما قبضه الموصى له من المال فهو له، لأنه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والأمر فى تعجيزه إلى الورثة، لأن الحق ثبت لهم بتعجيزه ويصير العبد لهم فكانت الخيرة فى ذلك إليهم، وأما الموصى له فإن حقه ووصيته تبطل بتعجيزه فلم يكن له فى ذلك حق، وإن وصى بمال الكتابة للمساكين ووصى إلى رجل بقبضه وتفريقه بينهم صح، ومتى

ولنا: الخبر، ولأنه تصرف منع منه للضرر فلم يصح كالهبة، إذا ثبت هذا فإنه يفرق بينهما ولا مهر لها إن كان قبل الدخول، وإن كان بعده فعليه مهر المثل يؤدى من كسبه كجنايته فإن أتت بولد لحقه نسبه، لأنه من وطء فى نكاح فاسد، فإن كانت المرأة حرة فهو حر، وإن كانت أمة فهو رقيق لسيدها، فإن أذن له سيده فى النكاح صح فى قول الجميع فإن الخبر يدل بمفهومه على أنه يصح إذا أذن له، لأن المنع من نكاحه لحق السيد، فإذا أذن فيه زال المانع وقياسًا على ما إذا أذن لعبده القن.

فصل: وليس له التسرى بغير إذن سيده، لأن ملكه ناقص، وقال الزهرى: لا ينبغى لأهله أن يمنعوه من التسرى.

ولنا: أن على السيد فيه ضررًا فمنع منه كالتزويج وبيان الضرر أنه ربما أحبلها والحمل عيب فى بنات آدم وربما تلفت وربما ولدت فصارت أم ولد يمتنع عليه بيعها فى أداء كتابته، فإن عجز رجعت إلى سيده ناقصة، وإذا منع من التزويج لضرره فهذا أولى، فإن أذن له سيده جاز، وقال الشافعى: لا يجوز فى أحد القولين، لأنه أمر يضر به وربما أفضى إلى منعه من العتق فلم يجز بإذن السيد.

ولنا: أنه لو أذن لعبده القن فى التسرى جاز فللكاتب أولى، ولأن المنع كان لأجل الضرر بالسيد فجاز بإذنه كالتزويج، إذا ثبت هذا فإنه إن تسرى بإذن سيده أو غير إذنه فلا حد عليه

سلم المال إلى الوصى برئ وعتق وإن أبرأه منه لم يبرأ، لأن الحق لـغيره، وإن دفعه المكاتب إلى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق، لأن التعيين إلى الوصى دونه، وإن وصى بدفع المال إلى غرمائه تعين القضاء منه كما لو وصى به عطية له، وإن كان إنما أوصى بقضاء ديونه مطلقًا كان على المكاتب أن يجمع بين الورثة والوصى بقـضاء الدين ويدفعه إليهم بحـضرته، لأن المال للورثة ولهم أن يقضوا الدين منه ومن غيره وللوصى فى قضاء الدين حق فيه، لأن لهم منعهم من التصرف فى التركة قبل قضاء الدين.

فـصـل: إذا مات رجل وخلف ابنين وعـبدًا فادّعى العبد أن سـيده كاتبه فصـدقاه ثبتت الكتـابة ، لأن الحق لهما وإن أنكراه وكانت له بينة بدعواه ثبـتت الكتابة وعتق بالأداء إليهما، وإن عجـز فلهمـا رده إلى الرق، وإن لم يعجزاه وصـبرا عليـه لم يملك الفسخ، وإن عـجزه أحدهما وأبى الآخر تعجـيزه بقى نصفه على الكتابة وعاد نصفه الآخـر رقيقًا، وإن لم تكن له بينة فالقول قولهما مع أيمانهـما، لأن الأصل بقاء الرق وعدم الكتابة وتكون أيمانهم على نفى العلم فيحلفان بالله أنهما لا يعلمان أن أباهما كاتبه، لأنها يمين على نفى فعل الغير، فإن حلفا ثبت رقه، وإن نكلا قضى عليهما أو ردت اليمين عليه على قول من قضى بردها فيحلف العبد وتثبت الكتابة، وإن حـلف أحدهما ونكل الآخر قضى برق نصـفه وكتابة نصفـه، وإن صدقه

لشبهة الملك ولا مهر عليه، لأنه لو وجب لوجب له ولا يجب على الإنسان شيء لنفسه، فإن ولدت فالنسب لاحق به، لأن الحـد إذا سقط للشبهـة لحقه النسب ويكون الولد مـملوكًا له، لأنه ابن أمته ولا يعتق عليه، لأن ملكه غيـر تام وليس له بيعه، لأنه ولده ويكون موقوفًا على كتابته، فإن أدى عتق وعتق الولد، لأنه ملك لأبيه الحر، وإن عجز وعاد إلى الرق فولده رقيق أيضًا ويكونان مملوكين للسيد.

فـصل: وليس له أن يزوج عبيده وإماءه بغير إذن سيده ، وهذا قول الشافعى وابن المنذر، وذكر عن مالك أن له ذلك إذا كـان على وجه النظر، لأنه عقد على منفعة فـملكه كالإجارة، وحكى عن القاضى أنه قـال فى الخصال: له تزويج الأمـة دون العبد، لأنه يأخذ عـوضًا عن تزويجها بخلاف العبد، ولأنه عقد على منافعها أشبه إجارتها.

ولنا: أن على السيـد فيه ضـررًا، لأنه إن زوج العبد لزمـته نفقـة امرأته ومهـرها وشغله بحقـوق النكاح ونقص قيـمته، وإن زوج الأمـة ملك الزوج بضعهـا ونقصت قـيمتـها وقلت الرغبات فيهـا وربما امتنع بيعها بالكلية وليس ذلك من جهـات المكاسب، فربما أعجزه ذلك عن أداء نجومه، وإن عجز عـاد رقيقًا للسيد مع ما تعلق بهم من الحـقوق ولحقهم من النقص وفارق الإجارة، فإنها من جهـات المكاسب عادة، فعلى هذا إن وجب تزويجهم لطلبهم ذلك وحاجتهم إليه باعهم فإن العبد متى طلب التزويج خير سيده بين بيعه وتزويجه، وإن أذن السيد فى ذلك جاز، لأن الحق له والمنع منه.

أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة فى نصفه وعليه البينة فى نصفه الآخر، فإن لم تكن له بينة وحلف المنكر صار نصفه مكاتبًا ونصفه رقيقًا قنًا، فإن شهد المقر على أخيه قبلت شهادته، لأنه لا يجر بها إلى نفسه نفعًا ولا يدفع بها ضررًا، فإن كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الكتابة فى جميعه، وإن لم يشهد معه غيره فهل يحلف العبد معه على روايتين، وإن لم يكن عدلاً أو لم يحلف العبد معه وحلف المنكر كان نصفه مكاتبًا ونصفه رقيقًا ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ونفقته من كسبه، لأنها على نفسه وعلى مالك نصفه، فإن لم يكن له كسب كان على المنكر نصف نفقته ثم إن اتفق هو ومالك نصفه على المهايأة معاومة أو مشاهرة أو كيفما كان جاز، وإن طلب ذلك أحدهما وامتنع الآخر فظاهر كلام أحمد أنه يجبر عليها وهو قول أبى حنيفة، لأن المنافع مشتركة بينهما، فإذا أراد أحدهما حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر إجابته كالأعيان ويحتمل أن لا يجبر، وهو قول الشافعى، لأن المهايأة تأخير حقه الحال، لأن المنافع فى هذا اليوم مشتركة بينهما فلا تجب الإجابة إليه كتأخير دينه الحال، فإن اقتسما الكسب مهايأة أو مناصفة فلم يف بأداء نجومه فللمقر رده فى الرق وما فى يده له خاصة لأن المنكر قد أخذ حقه من الكسب، وإن اختلف المنكر والمقر فيما فى يد المكاتب، فقال المنكر: هذا كان فى يده قبل دعوى الكتابة وكسبه فى حياة أبينا وأنكر ذلك

فصل: وليس له استهلاك ماله ولا هبته، وبه قال الحسن ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافًا، لأن حق سيده لم ينقطع عنه، لأنه قد يعجز فيعود إليه، ولأن القصد من الكتابة تحصيل العتق بالأداء وهبة ماله تفوت ذلك وتجوز بإذن سيده، وقال أبو حنيفة: لا تجوز، لأنه يفوت المقصود بالكتابة، وعن الشافعى كالمذهبين.

ولنا: أن الحق لا يخرج عنهما فجاز باتفاقهما كالراهن والمرتهن ولا تصح الهبة بالثواب، وقال الشافعى فى أحد قوليه: تصح، لأن فيها معاوضة.

ولنا: أن الاختلاف فى تقدير الثواب يوجب الغرر، ولأن عوضها يتأخر فهو كالبيع نسيئة، وإن أذن السيد فيها جازت، ولذلك إن وهب لسيده أو لابن سيده الصغير جاز، لأن قبوله للهبة إذن فيها وليس له أن يحابى فى البيع ولا يزيد فى الثمن الذى اشترى به، لأنه إتلاف للمال على سيده فأشبه الهبة ولا يجوز له أن يعير دابته ولا يهدى هدية، وأجاز ذلك أصحاب الرأى ويحتمل جواز إعارة دابته وهدية المأكول ودعائه إليه كالمأذون له، لأن المكاتب لا ينحط عن درجته، ووجه الأول أنه تبرع بماله فلم يجز كالهبة وليس له أن يوصى بماله ولا يحط عن المشترى شيئًا ولا يقرض، لأنه يعرضه للإتلاف ولا يضمن ولا يتكفل بأحد، وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى لأن ذلك تبرع بماله فهو كالهبة ولا يقتص من عبده الجانى على بعض رقيقه، ذكره أبو بكر، لأن فيه إتلاف المال على سيده، وقال القاضى: له أن يقتص من الجناة عليه وعلى رقيقه ويأخذ الأرش، لأن فيه مصلحته.

المقـر فالقول قوله مع يمـينه، لأن المنكر يدّعى كسـبه فى وقت الأصل عدمه فـيه، ولأنه لو اختلف هـو والمكاتب فى ذلك كان القـول قول المكاتب فكذلك من يقـوم مقـامه، وإن أدى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسـر إلى نصيب شريكه، لأنه لم يباشر العتق ولم يتسبب إليه وإنما كان السبب من أبيه وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد، ولأن المقر يزعم أن نصيب أخيه حر أيضًا، لأنه قد قبض من العبد مثل ما قبض فقد حصل أداء مال الكتابة إليهما جميعًا فعتق كله بذلك وولاء هذا النصف للمقر، لأن أخاه لا يدّعيه وهذا المقر يدعى أنه كله قـد عتق بالكتـابة، وهذا الولاء الذى على هـذا النصف نصيـبى من الولاء، وقـال أصحـاب الشافعى فى ذلك وجهان: **أحدهما**: كقولنا.

والثـانى: الولاء بين الاثنين، لأنه يثبت لموروثهـما فكان لهما بالميراث، والـصحيح ما قلناه لما ذكرناه ولا يمنع ثبوت الولاء للأب واختصـاص أحد الابنين به كما لو ادعى أحدهما دينًا لأبيه على إنسان وأنكره الآخر، فإن المدعى يأخذ نصيبه من الدين ويختص به دون أخيه، وإن كان يرثه عن الأب وكـذلك لو ادعيـاه معًا وأقـاما به شاهدًا واحـدًا فحلف أحـدهما مع الشاهد وأبى الآخر فإن أعتق أحدهما حصتـه عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسرًا، وهذا قول الخرقى لقول النبى ﷺ: «من أعتق شـركًا له من عبد وكان له ما يبلغ قيمـة العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شـركاؤه حصصهم»(٤٩) ولأنه موسر أعتق نصيبه من عـبد مشترك، فسرى

فـصل: ولا يعتق رقيقه إلا بإذن سيده، وبه قال الحسن والأوزاعى ومالك والشافعى وأبو حنيفة، لأن فيه ضررًا على سيده بتفويت ماله فيما لا يحصل له به مال أشبه الهبة فإن أعتق لم يصح إعتاقه ويتخرج أن يصح ويقف على إذن سيده، وقال أبو بكر: هو موقوف على آخر أمر المكاتب فإن أدى عتق معـتقه، وإن لم يؤد رق، قال القاضى: هذا قيـاس المذهب كقولنا فى ذوى الأرحام إنهم موقوفون.

ولنا: أنه تبرع بماله بغير إذن سيده فكان باطلاً كالهبة، ولأنه تصرف تصرفًا منع منه لحق سيـده فكان باطلاً كسـائر ما منع منه ولا يصح قيـاسه على ذوى أرحـامه، لأن عتـقهم ليس بتصرف منه وإنما يعتقهم الشرع على مالكهم بملكهم والمكاتب ملكه ناقص فلم يعتقوا به فإذا عتق كمل ملكه فعتقوا حينئذ والمعتق إنمـا يعتق بالإعتاق الذى كان باطلاً فلا تتبين صحته إذا كمل الملك، لأن كمال الملك فى الثانى لا يوجب كـونه كاملاً حين الإعتاق ولذلك لا يصح سائر تبرعـاته بأدائه، فإن أذن فيه سيـده صح، وقال الشافعى فى أحـد قوليه: لا يصح، لأن تبرعه بمـاله يفوت المقصود من كـتابته وهو العتق الذى هو حق لله تعالى أو فـيه حق له فلا يجـوز تفويتـه، ولأن العـتق لا ينفك من الولاء وليس من أهله، ولأن مـلك المكاتب ناقص والسيد لا يملك إعتاق ما فى يده ولا هبته فلم يصح إذنه فيه.

---

(٤٩) تقدم برقم (٨) مسألة (٨٦١).

إلى باقيه كـغير المكاتب، وقال أبو بكر والقـاضى : لا تعتق إلا حصته، لأنه إن كـان المعتق المقـر فهو منفذ، وإن كـان المنكر لم يسر إلى نصيب المـقر، لأنه مكاتب لغيـره وفى سراية العتق إليه إبطال سبب الولاء عليه، فلم يجز ذلك.

١٩٨٥- مسألة: قال: **(ولا يمنع المكاتب من السفر).**

وجـملته أن المكاتب لا يمنع من السفر قريبًا كان أو بعـيدًا وهذا قول الشعبى والنخعى وسعيد بن جبير والثورى والحسن بن صـالح وأبى حنيفة ولم يفرق أصحابنا بين السفر الطويل وغيره لكن قياس المذهب أن له منعه من سفر تحل نجوم كتـابته قبله، لأنه يتعذر معه استيفاء النجوم فى وقتها والرجوع فى رقه عند عجزه فمنع منه كالغريم الذى يحل عليه الدين قبل مدة سفره واخـتلف قول الشافعى فقال فى مـوضع: له السفر وفى قول ليس له السفـر فقال بعض أصحابه: فيها قولان وقال بعضهم: لـيست على قولين إنما هى على اختلاف حالين فالموضع الذى قال له السـفر إذا كان قصـيرًا، لأنه فى حكم الحاضر والمـوضع الذى منع منه، إذا كان بعيدًا يتعذر معه بعد استيفاء نجومه والرجوع فى رقه عند عجزه.

ولنا: أن المكاتب فى يد نفسه وإنمـا للسيد عليه دين فأشبه الحـر المدين، وما ذكروه لا أصل له ويبطل بالحرم الغريم.

فـــصل: فإن شرط عليـه فى الكتابة أن لا يسافر فقال القـاضى: الشرط باطل وهو قول الحسن وسعـيد بن جبير والشعبى والـنخعى وأبى حنيفة، لأنه ينافى مقتـضى العقد فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب، ولأنه غريم فلم يصح شرط ترك السفر عليه كما لو أقرضه رجل قرضًا بشرط أن لا يسافر وقال أبو الخطاب : يصح الشرط وله منعه من السفر وهو قول مالك لقول النبى ﷺ : «المسلمون على شروطهم»(٥٠) ولأنه شرط له فيه فائدة فلزم كما لو شرط

ولنا: أن الحق لا يخرج عنهـما فإذا اتفـقا على التبـرع به جاز كالراهن والمـرتهن، وما ذكروه يبطل بالنكاح فـإنه لا يملكه ولا يملكه السيد عليـه، وإذا أذن فيه جاز وأمـا الولاء فإنه يكون موقوفًا، فإن عـتق المكاتب كان له وإلا فهو لسيده كما يرق مـماليكه من ذوى أرحامه، هذا قول القاضى، وقال أبو بكر: يكون لسيده، كان إعتاقه إنما صح بإذن سيده فكان كنائبه.

فـصل: قال شـيخنا: **وليس له أن يحج إذا احتاج إلى إنفـاق ماله فيه،** وذكر فى كـتاب الاعتكاف أن له أن يحج بغـير إذن سيـده، لأنه كالحر المدين، ونـقل الميمونى عن أحـمد: للمكاتب أن يحج من المال الذى جمـعه إذا لم يأت نجمه، قال شيخـنا: وذلك محمول على أنه يحج بإذن سيده أما بغير إذنه فلا يجوز، لأنه تبرع بما ينفق ماله فيه فلم يجز كالعتق، فأما إن أمكنه الحج من غيـر إنفاق ماله كـالذى يتبرع له إنسان بإحـجاجه أو يخـدم من ينفق عليه فيجوز إذا لم يأت نجمه، لأن هذا يجرى مجرى تركه المكسب وليس ذلك مما يمنع منه.

---

(٥٠) تقدم برقم (٢١) مسألة (٧٠٢).

نقدًا معلومًا، وبيان فائدته أنه لا يأمن إباقه وأنه لا يرجع إلى سيده فيفوت العبد والمال الذى عليه ويفارق القرض، فإنه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب بأخذه ومنع الغريم السفر قبل إيفائه فكان المنع من السفر حاصلاً بدون شرطه بخلاف الكتابة، فإنه لا يمكن السيد منعه من السفر إلا بشرطه وفيه حفظ عبده وماله فلا يمنع من تحصيله، وهذا أصح إن شاء الله تعالى وأولى، فعلى هذا الوجه لسيده منعه من السفر، فإن سافر بغير إذنه فله رده إن أمكنه، وإن لم يمكنه رده احتمل أن له تعجيزه ورده إلى الرق، لأنه لم يف بما شرطه عليه أشبه ما لو لم يف بأداء الكتابة، واحتمل أن لا يملك ذلك، لأنه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه، فلم يملك تعجيزه كما لو لم يشترط عليه.

فصل: وإن شرط فى كتابته أن لا يسأل الناس فقال أحمد: قال جابر بن عبد الله هم على شروطهم إن رأيته يسأل تنهاه فإن قال لا أعود لم يرده عن كتابته فى مرة، فظاهر هذا أن الشرط صحيح لازم وأنه إن خالف مرة لم يعجزه، وإن خالف مرتين أو أكثر فله تعجيزه.

قال أبو بكر: إذا رآه يسأل مرة فى مرة عجزه كما إذا حل نجم فى نجم عجزه، فاعتبر المخالفة فى مرتين كحلول نجمين، وإنما صح الشرط لقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم» ولأن له فى هذا فائدة وغرضًا صحيحًا وهو أن لا يكون كلاًّ على الناس ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم.

فصل: وليس للمكاتب أن يكاتب إلا بإذن سيده وهذا قول الحسن والشافعى، لأن الكتابة نوع إعتاق فلم تجز من المكاتب كالمنجز، ولأنه لا يملك الإعتاق فلم يملك الكتابة كالمأذون، واختيار القاضى جواز الكتابة وهو الذى ذكره أبو الخطاب فى رءوس المسائل وهو قول مالك وأبى حنيفة والثورى والأوزاعى، لأنه نوع معاوضة فأشبه البيع، وقال أبو بكر: هو موقوف كقوله فى العتق المنجز فإن أذن فيها السيد صحت، وقال الشافعى: فيها قولان، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم.

20- مسألة: (وولاء من يعتقه ويكاتبه لسيده).

إذا كاتب عبده فعجزا جميعًا صارا رقيقين للسيد، وإن أدى المكاتب الأول ثم أدى الثانى فولاء كل واحد منهما لمكاتبه وإن أدى الأول وعجز الثانى صار رقيقًا للأول، وإن عجز الأول وأدى الثانى فولاؤه للسيد الأول، وإن أدى الثانى قبل عتق الأول عتق، قال أبو بكر: وولاؤه للسيد وهو قول أبى حنيفة، لأن العتق لا ينفك عن الولاء والولاء لا يوقف، لأنه سبب يورث به فهو كالنسب، ولأن الميراث لا يقف كذلك سببه، وقال القاضى: هو موقوف إن أدى عتق والولاء له، وإلا فهو للسيد، وهذا أحد قولى الشافعى: لقول النبى ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» ولأن العبد ليس بملك له ولا يجوز أن يثبت له الولاء على من لم يعتق فى ملكه وقولهم لا يجوز أن يقف كما لم يقف النسب والميراث ليس كذلك، فإن النسب يقف على

وذكر أبو الخطاب أنه لا يصح الشرط، لأن الله تعالى جعل للمكاتب سهمًا من الصدقة بقوله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ (التوبة: ٦٠) وهم المكاتبون فلم يصح اشتراط ترك طلب ما جعله الله تعالى له.

١٩٨٦- **مسألة:** قال: **(وليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده).**

وهذا قول الحسن ومالك والليث، وابن أبي ليلى، وأبي حنيفة، والشافعي، وأبي يوسف، وقال الحسن بن صالح: له ذلك، لأنه عقد معاوضة أشبه البيع.

ولنا: قول النبي ﷺ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر»(٥١) ولأن على السيد فيه ضررًا، لأنه ربما عجز فيرجع إليه ناقص القيمة، ويحتاج أن يؤدي المهر والنفقة من كسبه، فيعجز عن تأدية نجومه، فيمنع من ذلك كالتبرع به.

إذا ثبت هذا: فإنه إذا تزوج لم يصح تزويجه، وقال الثوري: نكاحه موقوف إن أدى تبينا أنه كان صحيحًا، وإن عجز فنكاحه باطل.

ولنا: الخبر، ولأنه تصرف منع منه للضرر، فلم يصح كالهبة، وما ذكره لا أصل له، فإذا ثبت هذا فإنه يفرق بينهما فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها، وإن كان بعده فعليه مهر مثلها يؤدي من كسبه، لأنه بمنزلة جنايته وإن أتت بولد لحقه نسبه، لأنه من وطء في نكاح فاسد، فإن كانت المرأة حرة فهو حر، وإن كانت أمة فولدها رقيق لسيدها، فأما إن أذن له سيده في

بلوغ الغلام وانتسابه إذا لم تلحقه القافة بأحد الواطئين، وكذلك الميراث يوقف على أن الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء أن الولاء يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل وهو ما يجره مولى الأب من مولى الأم فجاز أن يكون موقوفًا، والنسب والميراث بخلاف ذلك فإن مات المعتق قبل عتق المكاتب، وقلنا الولاء لسيده، ورثه، وإن قلنا: هو موقوف، فميراثه أيضًا موقوف.

21- **مسألة: (وليس له أن يبيع نسيئة وإن باع السلعة بأضعاف قيمتها وهذا مذهب الشافعي).**

لأن فيه تغريرًا بالمال وهو ممنوع منه لتعلق حق السيد به، قال القاضي: ويتخرج الجواز بناء على المضارب أن له البيع نسيئة في إحدى الروايتين، فيخرج ههنا مثله وسواء أخذ ضمينًا أو رهينًا أو لم يأخذ، لأن الغرر باق، لأنه يحتمل أن يتلف الرهن ويفلس الغريم والضمين، ويحتمل أن يجوز مع الرهن والضمين، لأن الوثيقة قد حصلت به، والعوارض نادرة على خلاف الأصل، فإن باع بأكثر من قيمته حالاً وجعل الزيادة مؤجلة جاز، لأن الزيادة ربح وإن اشترى نسيئة جاز، لأنه لا غرر فيه ولا يجوز أن يدفع به رهنًا، لأن الرهن أمانة، وقد يتلف أو يجحده الغريم وليس له أن يدفع ماله سلمًا، لأنه في معنى البيع نسيئة وله أن يستسلف في ذمته، لأنه في معنى الشراء نسيئة وله أن يقترض، لأنه ينتفع بالمال وليس له أن يدفع ماله

---

(٥١) تقدم برقم (١٣٠) مسألة (١١٣٠).

النكاح صح منه فى قولهم جميعًا، فإن الخبر يدل بمفهومه على صحة تزويجه إذا أذن له، ولأن المنع من نكاحه لحق سيده، فإذا أذن له زال المانع، ولأنه لو أذن لعبده القن فى النكاح صح منه، فالمكاتب أولى.

فصل: وليس له التسرى بغير إذن سيده لأن ملكه غير تام، وقال الزهرى: لا ينبغى لأهله أن يمنعوه من التسرى.

ولنا: أن ملكه ناقص، وعلى السيد فيه ضرر فيمنع منه كالتزويج، وبيان الضرر فيه أنه ربما أحبلها والحبل مخوف فى بنات آدم وربما تلفت، وربما ولدت فصارت أم ولد فيمتنع عليه بيعها فى أداء كتابته، وإن عجزت رجعت إلى السيد ناقصة، فإذا منع من التزويج لضرره فهذا أولى، فأما إن أذن له سيده فى التسرى جاز له.

وقال الشافعى: لا يجوز له ذلك، وإن أذن له فيه سيده فى أحد القولين، لأنه أمر يضر به وربما أفضى إلى منعه من العتق فلم يجز، وإن أذن فيه سيده، ولأنه ناقص الملك فلم يجز له التسرى كوطء الجارية المتشركة.

ولنا: أنه أذن لعبده القن فى التسرى جاز فالمكاتب أولى، ولأن المنع كان لأجل الضرر بالسيد فجاز بإذنه كالتزويج، إذا ثبت هذا فإنه إذا تسرى بإذن سيده أو غير إذنه فلا حد عليه لشبهة الملك، ولا مهر عليه، لأنه لو وجب لوجب له ولا يجب على الإنسان شىء لنفسه،

مضاربة، لأنه يسلمه إلى غيره فيغرر به، وفى الرهن والمضاربة وجه آخر أنه لا يجوز وله أن يأخذ قراضًا، لأنه من أنواع الكسب، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله على ما ذكرنا.

22- مسألة: (ولا يكفر بالمال وعنه له ذلك بإذن سيده).

إذا لزمت المكاتب كفارة ظهار أو جماع فى رمضان أو قتل أو كفارة يمين لم يكن له التكفير بالمال، لأنه عبد، ولأنه فى حكم المعسر بدليل أنه لا تلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله أخذ الزكاة لحاجته وكفارة العبد والمعسر الصيام، وإن أذن له سيده فى التكفير بالمال جاز، لأنه بمنزلة التبرع، ولأن المنع لحقه وقد أذن فيه، ولا يلزمه التكفير بالمال، وإن أذن فيه السيد، لأن عليه ضررًا لما يفضى إليه من تفويت حريته كما أن التبرع لا يلزمه بإذن سيده.

وقال القاضى: المكاتب كالعبد القن فى التكفير، ومتى أذن له سيده فى التكفير بالمال انبنى على ملك العبد بالتمليك، فإن قلنا: لا يملك، لم يصح تكفيره بغير الصيام سواء أذن فيه أو لم يأذن، لأنه يكفر بما ليس بمملوك له، وإن قلنا: يملك بالتمليك، صح تكفيره بالإطعام إذا أذن فيه السيد، وإن أذن له فى التكفير بالعتق فهل يصح؟ على روايتين نذكرهما فى تكفير العبد إن شاء الله تعالى، قال شيخنا: والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه فى المكاتب، لأنه يملك المال بغير خلاف، وإنما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به فإذا أذن له سيده فيه صح كالتبرع.

وإن حبلت فالنسب لاحق به، لأن الحد إذا سقط بالشبهة لحقه النسب، ويكون الولد مملوكًا له، لأنه ابن أمته ولا يعتق عليه، لأنه ملكه غير تام، وليس له بيعة، لأنه ولده، ويكون موقوفًا على كتابته، فإن أدى عتق وعتق الولد، لأنه ملك لأبيه الحر، وإن عجز وعاد إلى الرق فولده رقيق أيضًا ويكونان مملوكين للسيد، فأما الأمة فإن ولدت قبل عتقه وعجزه، فإنها تصير أم ولد للمكاتب، وليس له بيعها نص عليه أحمد، لأن ولدها له حرمة الحرية ولا يجوز بيعه ويعتق بعتق أبيه فكذلك أمه، فعلى هذا لا يجوز بيعها وتكون موقوفة على المكاتب إن عتق فهى أم ولده، وإن رق رقت.

وقال القاضى فى موضع: لا تصير أم ولد بحال، وله بيعها لأنها حملت بمملوك فى ملك غير تام، وللشافعى قولان كهذين الوجهين، وإن وضعته بعد عتقه لأقل من ستة أشهر تبينا أنها حملت به فى حال رقه فالحكم على ما مضى، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر حكمنا أنها حملته حرًا، لأننا لم نتيقن وجوده فى حال الرق، وتكون أم ولد، لأنها علقت بحر فى ملكه وللشافعى من التفصيل نحو مما ذكرنا.

فصل: وليس للمكاتب أن يزوج عبيده وإماءه بغير إذن سيده، وهذا قول الشافعى وابن المنذر وذكر عن مالك أن له ذلك إذا كان على وجه النظر، لأنه عقد على منفعة فملكه كالإجارة وهذا الذى قاله أبو الخطاب فى رءوس المسائل.

وحكى عن القاضى أنه قال فى الخصال: له تزويج الأمة دون العبد، وهو قول أبى

23- مسألة: (وهل له أن يرهن أو يضارب؟ يحتمل وجهين).

أحدهما: لا يجوز، لأن فى دفع ماله إلى غيره تغريرًا به، وفى الرهن خطر، لأنه قد يتلف أو يجحده الغريم، وهذا مذهب الشافعى، **والثانى**: يجوز، لأنه قد يرى الحظ فيه بدليل أن لولى اليتيم أن يفعله فى مال اليتيم فجاز كإجارته.

24- مسألة: (وليس له شراء ذوى رحمه إلا بإذن سيده).

لأنه تصرف يؤدى إلى إتلاف ماله، لأنه يخرج من ماله ما يجوز التصرف فيه فى مقابلة ما لا يجوز له التصرف فيه أشبه الهبة، وهذا قول الشافعى، وقال القاضى: له ذلك، وهو قول الثورى وإسحاق وأصحاب الرأى، لأنه اشترى مملوكًا لا ضرر على السيد فى شرائه فصح كالأجنبى وبيانه أنه يأخذ كسبهم، وإن عجز صاروا رقيقًا لسيده، ولأنه يصح أن يشتريه غيره فصح شراؤه له كالأجنبى ويفارق الهبة، لأنها تفوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع إلى المكاتب ولاء السيد، ولأن السبب تحقق وهو صدور التصرف من أهله فى محله ولم يتحقق المانع، لأن ما ذكروه لا نص فيه ولا له أصل يقاس عليه، فإن أذن فيه سيده جاز، وهو قول مالك، لأن المنع لحق سيده فجاز بإذنه، وهو قول بعض أصحاب الشافعى، وقال بعضهم: فيه قولان.

حنيفة، لأنه يأخذ عوضًا عن تزويجها بخلاف العبد، ولأنه عقد ذمة على منافعها فأشبه إجارتها.

ولنا: أن على السيد فيه ضررًا، لأنه إن زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بحقوق النكاح ونقص قيمته، وإن زوج الأمة ملك الزوج بضعها، ونقصت قيمتها، وقلت الرغبات فيها، وربما امتنع بيعها بالكلية، وليس ذلك من جهات المكاتب فربما عجزه ذلك عن أداء نجومه، وإن عجز عاد رقيقًا للسيد مع ما تعلق بهم من الحقوق، ولحقهم من النقص فلم يجز ذلك له كإعتاقهم، وفارق إجارة الدار، فإنها من جهات المكاسب عادة، فعلى هذا إن وجب تزويجهم لطلبهم ذلك وحاجتهم إليه باعهم، فإن العبد متى طلب التزويج خير سيده بين بيعه وتزويجه، وإن أذن له السيد فى ذلك جاز، لأن الحق له والمنع من أجله فجاز بإذنه.

فصل: وليس له إعتاق رقيقه إلا بإذن سيده، وبهذا قال الحسن والأوزاعى ومالك والشافعى وأبو حنيفة، لأن فيه ضررًا على سيده بتفويت ماله فيما لا يحصل به مال فأشبه الهبة، فإن أعتق لم يصح إعتاقه، ويتخرج أن يصح ويقف على إذن سيده.

وقال أبو بكر: هو موقوف على آخر أمر المكاتب، فإن أدى عتق معتقه، وإن لم يؤد رق، قال القاضى: هذا قياس المذهب كقولنا فى ذوى الأرحام: إنهم موقوفون.

25- مسألة: (وله أن يقبلهم إذا وهبوا له أو وصى له بهم).

لأنه إذا ملك شراءهم مع ما فيه من بذل ماله، فلأن يجوز بغير عوض أولى، وعند من لا يرى جواز شرائهم بغير إذن السيد لا يجوز قبولهم إلا إذا لم يكن فيه ضرر بماله كما قالوا فى ولى اليتيم إذا وصى لليتيم بمن يعتق عليه.

26- مسألة: (وإذا ملكهم فليس لهم بيعهم ولا هبتهم ولا إخراجهم عن ملكه).

وقال أصحاب الرأى: له بيع من عدا الوالدين والمولودين، لأنهم ليست قرابتهم قرابة جزئية ولا بعضية فأشبهوا الأجانب.

ولنا: أنه ذو رحم يعتق عليه إذاعته فلا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين، ولأنه لا يملك بيعهم إذا كان حرًا فلا يملكه مكاتبًا كوالديه.

فصل: ولا يعتقون بمجرد ملكه لهم، لأنه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق، فلأن لا يقع بالشراء الذى أقيم مقامه أولى ومتى أدى وهم فى ملكه عتقوا، لأنه كمل ملكه فيهم وزوال تعلق حق سيده عنهم فعتقوا حينئذ وولاؤهم له دون سيده، لأنهم عتقوا عليه بعد زوال ملكه سيده عنه فصار بمنزلة ما لو اشتراهم بعد عتقه، وإن عجز ورد فى الرق صاروا عبيدًا للسيد، لأنهم من ماله فيصيرون للسيد بعجزه كعبيده الأجانب وله كسبهم، لأنهم مماليكه أشبه الأجانب ونفقتهم عليه بحكم الملك لا بحكم القرابة، وكذلك الحكم فى ولده من أمته قياسًا عليهم.

ولنا: أنه تبرع بماله بغير إذن سيده فكان باطلاً كالهبة، ولأنه تصرف تصرفًا منع منه لحق سيده فكان باطلاً كسائر ما يمنع منه ولا يصح قياسه على ذوى أرحامه، لأن عتق ذوى أرحامه ليس بتصرف منه، وإنما يعتقهم الشرع على مالكهم بملكهم والمكاتب ملكه ناقص فلم يعتقوا به، فإذا عتق كمل ملكه فعتقوا حينئذ، والمعتق إنما يعتق بالإعتاق الذى كان باطلاً فلا تتيقن صحته إذا كمل الملك، لأن كمال الملك فى الثانى لا يوجب كونه كاملاً حين الإعتاق ولذلك لا يصح سائر تبرعاته بأدائه، فأما إن أذن فيه سيده صح، وقال الشافعى فى أحد القولين لا يصح، لأن تبرعه بماله يفوق المقصود من كتابته وهو العتق الذى هو حق لله تعالى أو فيه حق له فلا يجوز تفويته، ولأن العتق لا ينفك من الولاء والعبد ليس من أهله، ولأن ملك المكاتب ناقص والسيد لا يملك إعتاق ما فى يده ولا هبته فلم يصح إذنه فيه.

ولنا: أن الحق لا يخرج عنهما، فإذا اتفقا على التبرع به جاز كالراهن والمرتهن وما ذكروه يبطل بالنكاح، فإنه لا يملك ولا يملكه السيد عليه، وإذا أذن له فيه جاز، وأما الولاء فإنه يكون موقوفًا، فإن عتق المكاتب كان له وإلا فهو لسيده كما يرق مماليكه من ذوى أرحامه، هذا قول القاضى وقال أبو بكر: يكون لسيده، لأن إعتاقه إنما صح بإذن سيده فكان كالنائب له.

فصل: والمكاتب محجور عليه فى ماله ليس له استهلاكه ولا هبته، وبهذا قال الحسن

فصل: فإن أعتقهم السيد لم يعتقوا، لأنه لا يملكهم فلم يملك التصرف فيهم، وإن أعتقهم المكاتب بغير إذن سيده لم يعتقوا لتعلق حق سيده بهم، وإن أعتقهم بإذنه عتقوا كما لو أعتق غيرهم من عبيده، وإن أعتقه سيده عتق وصاروا رقيقًا للسيد كما لو عجز، لأن كتابته تبطل بعتقه كما تبطل بموته، وعلى ما اختاره شيخنا يعتقون، لأنه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يعتقوا كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة أو بأدائه، يحقق هذا أن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه وإكسابه ويبقى حق السيد فى ملك رقبته على وجه لا يزول إلا بالأداء أو ما يقوم مقامه فلا يتسلط السيد على إبطالها فيما يرجع إلى إبطال حق المكاتب، وإنما يتسلط على إبطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ فى ماله دون مال المكاتب وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى، وإن مات المكاتب ولم يخلف وفاء عادوا رقيقًا، وقال أبو يوسف ومحمد: يسعون فى الكتابة على نجومها وكذلك أم ولده، وقال أبو حنيفة فى الولد خاصة: إن جاء بالكتابة حالة قبلت منه وعتق.

ولنا: أنه عبد للمكاتب فصار بموته لسيده إذا لم يخلف وفاء كالأجنبى، وإن خلف وفاء انبنى على الروايتين فى فسخ الكتابة على ما تقدم.

27- مسألة: (وولد المكاتبة الذى ولدته فى الكتابة يتبعها).

تصح كتابة الأمة كما تصح كتابة العبد بغير خلاف، وقد دل عليه حديث بريرة وحديث

ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، ولا أعلم فيه مخالفًا، لأن حق سيده لم ينقطع عنه، لأنه قد يعجز فيعود إليه، ولأن القصد من الكتابة تحصيل العتق بالأداء وهبة ماله تفوت ذلك، وإن أذن فيه سيده جاز، وقال أبو حنيفة: لا يجوز، لأنه يوفت المقصود بالكتابة وعن الشافعى فيه كالمذهبين.

ولنا: أن الحق لا يخرج عنهما فجاز باتفاقهما كالراهن والمرتهن، فأما الهبة بالثواب فلا تصح.

وقال الشافعى فى أحد قوليه: تصح لأن فيها معاوضة.

ولنا: أن الاختلاف فى تقدير الثواب يوجب الغرر فيها، ولأن عوضها يتأخر فتكون كالبيع نسيئة، وإن أذن فيها السيد جازت، وإن وهب لسيده جاز، لأن قبوله الهبة إذن فيها وكذلك إن وهب لابن سيده الصغير.

فصل: ولا يحابى فى البيع ولا يزيد فى الثمن الذى اشترى به ولا يعير دابة ولا يهدى هدية، وأجاز ذلك أصحاب الرأى، ويحتمل جواز إعارة دابته وهدية المأكول ودعائه إليه، لأن ذلك يجوز للمأذون له ولا ينحط المكاتب عن درجته، ووجه الأول أنه تبرع بماله فلم يجز

جويرة بنت الحارث، ولأنها داخلة فى عموم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ (النور: ٣٣) فإذا أتت المكاتبة بولد من غير سيدها من نكاح أو غيره فهو تابع لها، فإن عتقت بالأداء أو بالإبراء عتق، وإن فسخت كتابتها وعادت إلى الرق عاد رقيقًا قنًا، وهذا قول شريح ومالك والثورى وأبى حنيفة وإسحاق، وسواء فى هذا ما كان حملاً حال الكتابة أو حدث بعدها، وقال أبو ثور وابن المنذر: هو عبد قن لا يتبع أمه، وللشافعى قولان كالمذهبين واحتجوا بأن الكتابة غير لازمة من جهة العبد فلا تسرى إلى الولد كالتعليق بالصفة.

ولنا: أن الكتابة سبب ثابت للعتق لا يجوز إبطاله فسرى إلى الولد كالاستيلاد ويفارق التعليق بالصفة، فإن السيد يملك إبطاله بالبيع.

إذا ثبت هذا فالكلام فى الولد فى فصول أربعة: فى قيمته إذا تلف، وفى كسبه، وفى نفقته، وفى عتقه، أما قيمته إذا تلف فقال أبو بكر: هى لأمه تستعين بها على كتابتها، لأن السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبدًا فلا يستحق قيمته، لأنه بمنزلة جزء منها ولو جنى على جزء منها كان أرشه لها كذلك ولدها وإذا لم يستحقها هو كانت لأمه، لأن الحق لا يخرج عنهما، ولأن ولدها لو ملكته بهبة أو شراء فقتل كانت قيمته لها فكذلك إذا تبعها، يحققه أنه إذا تبعها صار حكمه حكمها فلا يثبت ملك السيد فى منافعه ولا فى أروش الجناية عليه كما لا يثبت له ذلك فيها، وقال الشافعى فى أحد قوليه: تكون القيمة لسيدها، لأنها لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولدها والفرق بينهما أن الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها

كالهبة ولا يوصى بماله ولا يحط عن المشترى شيئًا ولا يقرض ولا يضمن ولا يتكفل بأحد، وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى، لأن ذلك تبرع بماله فمنع منه كالهبة.

فصل: وليس له أن يحج إن احتاج إلى إنفاق ماله فيه، ونقل الميمونى عن أحمد للمكاتب أن يحج من المال الذى جمعه إذا لم يأت نجمه، وهذا محمول على أنه يحج بإذن سيده أما بغير إذنه فلا يجوز، لأنه تبرع بما ينفق مالاً فيه فلم يجز كالعتق.

فأما إن أمكنه الحج من غير إنفاق ماله كالذى يتبرع له إنسان بإحجاجه أو يخدم من ينفق عليه فيجوز إذا لم يأت نجمه، لأن هذا يجرى مجرى تركه وليس للكسب وليس ذلك مما يمنع منه.

فصل: وليس للمكاتب أن يكاتب إلا بإذن سيده، وهذا قول الحسن والشافعى، لأن الكتابة نوع إعتاق فلم تجز من المكاتب كالمنجز، ولأنه لا يملك الإعتاق فلم يملك الكتابة كالمأذون له فى التجارة، واختار القاضى: جواز الكتابة وهو الذى ذكره أبو الخطاب فى رءوس المسائل، وهو قول مالك وأبى حنيفة والثورى والأوزاعى، لأنه نوع معاوضة فأشبه البيع، وقال أبو بكر: هو موقوف كقوله فى العتق المنجز، فإن أذن فيها السيد صحت، وقال الشافعى فيها قولان، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم، فإذا كاتب عبده فعجزا جميعًا صارا رقيقين للسيد، وإن أدى المكاتب الأول ثم أدى الثانى فولاء كل واحد منهما لمكاتبه، وإن أدى الأول وعجز الثانى صار رقيقًا للأول، وإن عجز الأول وأدى الثانى فولاؤه للسيد الأول، وإن أدى

لسيدها بخلاف ولدها، فإن العقد باق بعد قتله فنظير هذا إتلاف بعض أعضائها، والحكم فى إتلاف بعض أعضائه كالحكم فى إتلافه، وأما كسبه وأرش الجناية عليه فينبغى أن يكون لأمه أيضًا، لأن ولدها جزء منها تابع لها فأشبه بقيمة أجزائها، ولأن أداءها لكتابتها سبب لعتقه وحصول الحرية له فينبغى أن يصرف ذلك فيه بمنزلة صرفه إليه، إذ فى عجزها رقه وفوات كسبه عليه، وأما نفقته فعلى أمه، لأنها تابعة لكسبه وكسبه لها ونفقته عليها، وأما عتقه فإنه يعتق بأدائها أو إبرائها ويرق بعجزها، لأنه تابع لها، وإن ماتت المكاتبة فى كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقًا قنًا إلا أن يخلف وفاء فيكون على الروايتين، وإن أعتقها سيدها لم يعتق ولدها، لأنه إنما تبعها فى حكم الكتابة وهو العتق بالأداء وما حصل الأداء إنما حصل عتقها بأمر لا يتبعها فيه فأشبه ما لو لم تكن مكاتبة، ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعتقها أن يعود ولدها رقيقًا، ومقتضى قول شيخنا: أنه يبقى على حكم الكتابة ويعتق بالأداء، لأن العقد لم يوجد ما يبطله وإنما سقط الأداء عنها لحصول الحرية بدونه، فإذا لم يكن لها ولد يتبعها فى الكتابة ولا فى يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ولم يكن فى بقائه فائدة فانتفى لانتفاء فائدته، وفى مسألتنا فى بقائه فائدة لإفضائه إلى عتق ولدها فينبغى أن يبقى ويحتمل أن يعتق بإعتاقها، لأنه جرى مجرى إبرائها من المال والحكم فيما إذا عتقت بالاستيلاد أو تدبير أو تعليق بصفة كالحكم فيما إذا أعتقها، لأنها عتقت بغير الكتابة، وإن

الثانى قبل عتق الأول عتق، قال أبو بكر: وولاؤه للسيد، وهو قول أبى حنيفة، لأن العتق لا ينفك عن الولاء والولاء لا يوقف، لأنه سبب يورث به فهو كالنسب، ولأن الميراث لا يقف كذلك سببه، وقال القاضى: هو موقوف إن أدى عتق والولاء له وإلا فهو للسيد، وهذا أحد قولى الشافعى لقول النبى ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»(٥٢) ولأن العبد ليس بملك له ولا يجوز أن يثبت له الولاء على من لم يعتق فى ملكه، وقولهم: لا يجوز أن يقف كما لم يقف النسب والميراث فليس كذلك، فإن النسب يقف على بلوغ الغلام وانتسابه إذا لم تلحقه القافة بأحد الواطئين، وكذلك الميراث يوقف على أن الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء أن الولاء لا يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل وهو ما يجره مولى الأب من مولى الأم فجاز أن يكون موقوفًا، والنسب والميراث بخلاف ذلك فإن مات المعتق قبل عتق المكاتب، وقلنا الولاء للسيد ورثه، وإن قلنا: هو موقوف فميراثه أيضًا موقوف.

فصل: وليس له أن يبيع نسيئة وإن باع السلعة بأضعاف قيمتها، وهذا مذهب الشافعى، لأن فيه تغريرًا بالمال وهو ممنوع من التغرير بالمال لتعلق حق السيد به.

قال القاضى: ويتخرج الجواز بناء على الضارب أن له البيع نسيئة فى إحدى الروايتين: فيخرج ههنا مثله وسواء أخذ بالثمن ضمينًا أو رهنًا أو لم يأخذ، لأن الغرر لم يزل، فإن الرهن يحتمل أن يتلف، ويحتمل أن يفلس الغريم والضمين ويحتمل أن يجوز مع الرهن أو

أعتق السيد الولد دونها صح عتقه، نص عليه أحمد فى رواية مهنا، لأنه مملوك له فصح عتقه كأمه، ولأنه لو أعتقه معها صح عتقه ومن صح عتقه مع غيره صح مفردًا كسائر مماليكه.

قال القاضى: وقد كان يجب أن لا ينفذ عتقه، لأن فيه ضررًا بأمه لتفويت كسبه عليها، فإنها كانت تستعين به فى كتابتها ولعل أحمد نفذ عتقه تغليبًا للعتق، والصحيح أنه يعتق وما ذكره القاضى من الضرر لا يصح لوجوه: **أحدها:** أن الضرر إنما يحصل فى حق من له كسب يفضل عن نفقته فأما من لا كسب له فتخليصها من نفقته نفع محض ومن له كسب لا يفضل عن نفقته فلا ضرر فى إعتاقه، لأنه لا يفضل لها من كسبه شىء تنتفع به فكان ينبغى أن يقيد الحكم الذى ذكره بهذا القيد، **الثانى:** أن النفع بكسبه ليس بواجب لها، لأنها لا تملك إجباره على الكسب فلم يكن الضرر بفواته معتبرًا فى حقها، **الثالث:** أن مطلق الضرر لا يكفى فى منع العتق الذى يحقق مقتضيه ما لم يكن له أصل يشهد له بالاعتبار ولم يذكر له أصلاً ثم هو ملغى بعتق المفلس والراهن وسراية العتق إلى ملك الشريك، فإنه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم فهذا أولى.

فصل: فأما ولد ولدها فإن ولد ابنها حكمه حكم أمه، لأن ولد المكاتب لا يتبعه وأما ولد بنتها فهو كبنتها، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا تسرى الكتابة إليه، لأن السراية إنما

---

(٥٢) تقدم برقم (١٠٢) مسألة (٧٦٦).

الضمين، لأن الوثيقة قد حصلت به والعوارض نادرة على خلاف الأصل، فإن باع بأكثر مما يساوى حالاً وجعل الزيادة مؤجله جاز، لأن الزيادة ربح، وإن اشترى نسيئة جاز، لأنه لا غرر فيه ولا يجوز أن يدفع به رهنًا، لأن الرهن أمانة، وقد يتلف أو يجحده الغريم وليس له أن يدفع ماله سلمًا، لأنه فى معنى البيع نسيئة وله أن يستسلف فى ذمته، لأنه فى معنى الشراء نسيئة وليس له أن يقرض، لأنه تبرع بالمال فيه خطر به وله أن يقترض، لأنه ينتفع بالمال وليس له أن يدفع ماله مضاربة، لأنه يسلمه إلى غيره فيغرر به وله أن يأخذ المال قراضًا، لأنه من أنواع الكسب، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله على ما ذكرنا.

فصل: وللمكاتب أن يبيع ويشترى بإجماع من أهل العلم، لأن عقد الكتابة لتحصيل العتق ولا يحصل إلا بأداء عوضه ولا يمكنه الأداء إلا بالاكتساب، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب، فإنه قد جاء فى بعض الآثار أن تسعة أعشار الرزق فى التجارة (٥٣) وله أن يأخذ ويعطى فيما فيه الصلاح لماله والتوفير عليه وله أن ينفق مما فى يده من المال على نفسه فى مأكله ومشربه وكسوته بالمعروف مما لا غنى له عنه وعلى رقيقه والحيوان الذى له، وله

تكون مع الاتصال وهذا ولد منفصل فلا يسرى إليه بدليل أن أم الولد قبل أن يستولدها لا يسرى إليه الاستيلاد، وهذا الولد اتصل بأمه دون جدته.

ولنا: أن ابنتها ثبت لها حكمها تبعًا فيجب أن يثبت لابنتها حكمها تبعًا كما ثبت لها حكم أمها، ولأن البنت تبعت أمها فيجب أن يتبعها ولدها، لأن علة اتباعها لأمها موجودة فى ولدها، ولأن البنت تعلق بها حق العتق فيجب أن يسرى إلى ولدها كالمكاتبة، وهذا الخلاف فى ولد البنت التابعة لأمها فى الكتابة، فأما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل فى الكتابة فابنتها أولى.

28- مسألة: (وإن اشترى زوجته صح وانفسخ نكاحها).

يجوز للمكاتب شراء امرأته وللمكاتبة شراء زوجها، لأن ذلك يجوز لغير المكاتب فجاز للمكاتب كشراء الأجانب وينفسخ النكاح بذلك، وقال الشافعى: لا ينفسخ، لأن المكاتب لا يملك بدليل أنه لا يجوز له الشراء ولا يعتق والده وولده إذا اشتراه فأشبه العبد القن.

ولنا: أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل، أنه تثبت له الشفعة على سيده ولسيده عليه ويجرى الربا بينه وبينه، وإنما منع التسرى لتعلق حق سيده بما فى يده كما يمنع الراهن من الوطء مع ثبوت ملكه، ولذلك لم يعتق عليه ذوو رحمه، وإذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه، لأنه أجنبى منه.

---

(٥٣) ذكره ابن حجر فى «المطالب العالية» (١/ ح١٣٦٨) وذكره الغزالى فى «الإحياء» (٢/ ٩٨) تحقيق أبى حفص، وقال العراقى: رواه إبراهيم الحربى فى غريب الحديث من حديث نعيم بن عبد الرحمن «تسعة أعشار الرزق فى التجارة» ورجالة ثقات ونعيم هذا قال فيه ابن منده: ذكر فى الصحابة ولا يصح، وقال أبو حاتم الرازى وابن حبان: إنه تابعى، فالحديث مرسل.

تأديب عبيده وتعزيرهم إذا فعلوا ما يستحقون ذلك، لأنه من مصلحة ملكه فملكه كالنفقة عليهم ولا يملك إقامة الحد عليهم، لأن هذا موضع ولاية وليس هو من أهلها، وله المطالبة بالشفعة والأخذ بها، لأنه نوع شراء فإن كان المشترى للشقص سيده فله أخذه منه، لأن له أن يشترى منه، وإن اشترى المكاتب شقصًا لسيده فيه شركة فله أخذه من المكاتب بالشفعة، لأنه مع سيده فى باب البيع والشراء كالأجنبى، وإن وجبت للسيد على مكاتبه شفعة فادّعى المكاتب أن سيده عفا عنها سمعت دعواه، وإن أنكره السيد كان عليه اليمين، وإن أذن السيد لمكاتبه فى البيع بالمحاباة صح منه، وكان لسيده الأخذ بالشفعة، لأن بيعه بالمحاباة مع إذن سيده فيه صحيح ويصح إقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدين، لأنه يصح تصرفه فيه بذلك، ومن ملك شيئًا فله الإقرار به.

١٩٨٧- **مسألة:** قال: (**ولا يبيعه سيده درهمًا بدرهمين**).

وجملته: أن الربا يجرى بين العبد وبين سيده فلم يجز أن يبيعه درهمًا بدرهمين كالأجنبيين، وقال ابن أبى موسى: لا ربا بينهما، لأنه عبد فى الأظهر من قوله ولا ربا بين العبد وسيده، ولهذا جاز أن يعجل لسيده ويضع عنه بعض كتابته وله وطء مكاتبته إذا شرط ولو حملت منه صارت له بذلك أم ولد، ووجه قول الخرقى: أن السيد مع مكاتبه فى باب المعاملة كالأجنبى بدليل أن لكل واحد منهما الشفعة على صاحبه ولا يملك كل واحد منهما

29- **مسألة:** (**وإن استولد أمته فهل تصير أم ولد يمتنع عليه بيعها؟ على وجهين**).

إذا استولد المكاتب أمته قبل عتقه وعجزه فإنها تصير أم ولد للمكاتب، وليس له بيعها نص عليه أحمد، لأن ولدها له حرمة الحرية ولا يجوز بيعه ويعتق بعتق أبيه وكذلك أمه، فعلى هذا لا يجوز بيعها وتكون موقوفة مع المكاتب إن أعتق فهى أم ولده وإن رق رقت، وقال القاضى فى موضع: لا تصير أم ولد بحال وله بيعها، لأنها حملت بمملوك فى ملك غير تام، وللشافعى قولان كهذين الوجهين.

فصل: قال الشيخ رحمه الله: (**ولا يملك السيد شيئًا من كسبه ولا بيعه درهمًا بدرهمين**).

لا يملك شيئًا من كسب المكاتب، لأنه اشترى نفسه من سيده ليملك ماله وكسبه ومنافعه فلا يبقى ذلك لبائعه كسائر المبيعات ويجرى الربا بينه وبين سيده، لأنه معه فى باب المعاوضة كالأجنبى، وقال ابن أبى موسى: لا ربا بينهما، لأنه عبد فى الأظهر من قوله ولا ربا بين العبد وسيده، ولهذا جاز أن يعجل لسيده ويضع عنه بعض كتابته، وله وطء مكاتبته إذا شرط ولو حملت منه صارت له بذلك أم ولد، ووجه الأول أن السيد مع مكاتبه فى باب المعاملة كالأجنبى بدليل أن لكل واحد منهما الشفعة على صاحبه ولا يملك كل واحد منهما التصرف فيما بيد صاحبه، وإنما يتعلق لسيده حق فيما بيده لكونه بعرضية أن يعجزه فيعود إليه، وهذا

التصرف فيما بيد صاحبه، وإنما يتعلق لسيده حق فيما بيده لكونه بعرضية أن يعجزه فيعود إليه وهذا لا يمنع جريان الربا بينهما كالأب مع ابنه، فعلى هذا القول لا يجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الأجنبيين، ولا النساء فيما يحرم النساء فيه بين الأجانب.

فصل: فإن كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل أن كان للسيد على المكاتب دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا نقدًا من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلاً واحدًا تقاصا وتساقطا، لأنهما إذا تساقطا بين الأجانب فمع السيد ومكاتبه أولى، وإن كانا نقدين من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن أبي موسى: لو كان له على سيده ألف درهم ولسيده عليه مائة درهم فجعلها قصاصًا بها جاز بخلاف الحرين.

وقال القاضي: لا يجوز هذا، لأنه بيع دين بدين وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين[٥٤] ولأنه لا يجوز بين الأجنبيين فلم يجز بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات وفارق العبد القن، فإنه باق في تصرف سيده وما في يده ملك خالص لسيده له أخذه والتصرف فيه فعلى هذا لا يجوز مع التراضي به، وعلى قول أبي موسى إذا تراضيا بذلك وتبايعاه ولا يثبت التقابض قبل تراضيهما به، لأنه بيع فأما إن كان عرضين أو عرضًا ونقدًا لم تجز المقاصة فيهما بغير تراضيهما بحال سواء كان القرض من جنس حقه أو غير جنسه، وإن تراضيا بذلك لم يجز أيضًا لأنه بيع دين بدين، وإن قبض أحدهما من الآخر حقه ثم دفعه إلى الآخر عوضًا عن ماله في ذمته جاز إذا لم يكن الثابت في الذمة عن سلم فإن ثبت عن سلم، لم يجز أخذ عوضه قبل قبضه، وفي الجملة أن حكم المكاتب مع سيده في هذا حكم الأجانب إلا على قول ابن أبي موسى الذي ذكرناه، والله أعلم.

لا يمنع جريان الربا بينهما كالأب مع ابنه، فعلى هذا القول لا يجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الأجنبيين ولا النساء فيما يحرم فيه النساء بين الأجانب.

فصل: فإن كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل إن كان للسيد على مكاتبه دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا نقدًا من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلاً واحدًا تقاصا وتساقطا، لأنهما إذا تساقطا بين الأجانب فمع السيد ومكاتبه أولى، وإن كانا نقدًا من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن أبي موسى: لو كان له على سيده ألف درهم ولسيده عليه مائة دينار فجعلها قصاصًا بها جاز بخلاف الحرين.

وقال القاضي: لا يجوز هذا، لأنه بيع دين بدين، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين، ولأنه لا يجوز بين الأجنبيين فلم يجز بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات، وفارق العبد القن فإنه باق في تصرف سيده وما في يده ملك خالص لسيده أخذه والتصرف فيه، فعلى

---

(٥٤) ذكره ابن حجر العسقلاني في «تلخيص الحبير» (٣/ ٣٠) وقال: رواه الشافعي في باب الخلاف فيما يجب به البيع.

١٩٨٨- **مسألة:** قال: (**وليس للرجل أن يطأ مكاتبته إلا أن يشترط**).

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين: **أحدهما:** فى وطئها بغير شرط وهو حرام فى قول

هذا لا يجوز، وإن تراضيا به، وعلى قول ابن أبى موسى يجوز إذا تراضيا بذلك وتبايعاه ولا يثبت التقاص قبل تراضيهما به، لأنه بيع، فإن كانا عرضين ونقداً لم تجز المقاصة فيهما بغير تراضيهما بحال سواء كان العوض من جنس حقه أو من غير جنسه، وإن تراضيا بذلك لم يجز أيضًا، لأنه بيع دين بدين، وإن قبض أحدهما من الآخر حقه ثم دفعه إلى الآخر عوضًا عن ماله فى ذمته جاز إذا لم يكن الثابت فى الذمة عن سلم، فإن كان ثبت عن سلم لم يجز أخذ عوضه قبل قبضه، وفى الجملة إن حكم المكاتب مع سيده فى هذا حكم الأجانب إلا على قول ابن أبى موسى الذى ذكرناه.

30- **مسألة: (وإن جنى عليه فعليه أرش جنايته).**

إذا جنى السيد على مكاتبه فلا قصاص عليه لأمرين:

أحدهما: أنه حر والمكاتب عبد، **والثانى:** أنه ملكه ولا يقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الأرش ولا يجب إلا باندمال الجرح، لأنه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته إلى نفسه فيسقط أرشه، ومتى سرى الجرح إلى نفسه انفسخت الكتابة وكان كقتله، فإذا اندمل الجرح وجب له أرشه حينئذ، فإن كانه من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم تقاصا، وإن كان من غير جنس مال الكتابة أو كان النجم لم يحل لم يتقاصا، ولكل واحد منهما مطالبة صاحبه بما يستحقه فإن رضى المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز إذا كان من جنس مال الكتابة.

31- **مسألة: (وإن حبسه مدة فعليه أرفق الأمرين به من إنظاره مثل تلك المدة أو أجرة مثل).**

إذا حبسه سيده فقد أساء ولا يحتسب عليه بمدته فى **أحد الوجوه، والثانى:** يحتسب عليه بمدته، لأن مال الكتابة دين مؤجل فيحتسب بمدة الحبس من الأجل كسائر الديون المؤجلة فعلى هذا الوجه يلزمه أجر مثله فى المدة التى حبسه فيها، والأول أصح، لأن على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته، فإذا حبسه مدة وجب عليه تأخيره مثل تلك المدة ليستوفى الواجب له، ولأن حبسه يفضى إلى إبطال الكتابة وتفويت مقصودها ورده إلى الرق، ولأن عجزه عن أداء نجومه فى محلها بسبب من سيده فلم يستحق به فسخ العقد، كما لو منع البائع المشترى من أداء الثمن لم يستحق فسخ البيع لذلك، ولو منعت المرأة زوجها من الإنفاق عليها لم تستحق فسخ العقد لذلك، **والثالث:** يلزم سيده أرفق الأمرين به من إنظاره مثل تلك المدة أو أجرة مثله فيها، لأنه وجد سببهما فكان للمكاتب أنفعهما.

32- **مسألة: (وليس له أن يطأ مكاتبته إلا أن يشترط).**

أكثر أهل العلم، منهم سعيد بن المسيب والحسن والزهرى ومالك والليث والثورى والأوزاعى وأصحاب الرأى وقيل له وطؤها فى الوقت الذى لا يشغلها الوطء عن السعى عما هى فيه، لأنها ملك يمينه فتدخل فى عموم قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ (المؤمنون: ٦).

ولنا: أن الكتابة عقد أزال ملك استخدامها وملك عوض منفعة بضعها فيما إذا وطئت بشبهة فأزال حل وطئها كالبيع، والآية مخصوصة بالمزوجة فنقيس عليها محل النزاع، ولأن الملك هنهنا ضعيف، لأنه قد زال عن منافعها جملة، ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتفارق أم الولد فإن ملكه باق عليها وإنما يزول بموته فأشبهت المدبرة والموصى بها، وإنما امتنع البيع، لأنها استحقت العتق بموته استحقاقًا لازمًا لا يمكن زواله.

الفصل الثانى: إذا شرط وطأها فله ذلك، وبه قال سعيد بن المسيب وقال سائر من ذكرنا: ليس له وطؤها لأنه لا يملكه مع إطلاق العقد فلم يملكه بالشرط كما لو زوجها أو أعتقها.

وقال الشافعى: إذا شرط ذلك فى عقد الكتابة فسد لأنه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضًا فاسدًا، وقال مالك لا يفسد العقد به، لأنه لا يخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسده كالصحيح.

ولنا: قول النبى ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»(٥٥) ولأنها مملوكة له شرط نفعها

وطء المكاتبة من غير شرط حرام فى قول أكثر أهل العلم، منهم سعيد بن المسيب والحسن والزهرى ومالك والليث والثورى والشافعى وأصحاب الرأى، وقيل: له وطؤها فى الوقت الذى لا يشغلها الوطء عن السعى عما هى فيه، لأنها ملك يمينه فتدخل فى عموم قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾.

ولنا: أن الكتابة عقد أزال ملك استخدامها وملك عوض منفعة بضعها فيما إذا وطئت بشبهة فأزال حل وطئها كالبيع، والآية مخصوصة بالمزوجة فنقيس عليها محل النزاع، ولأن الملك ههنا ضعيف، لأنه قد زال عن منافعها جملة، ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتفارق أم الولد، فإن ملكه باق عليها وإنما يزول بموته فأشبهت المدبرة والموصى بها، وإنما امتنع البيع لأنها استحقت العتق بموته استحقاقًا لأزمًا لا يمكن زواله.

فصل: فإن شرط وطأها فله ذلك، وبه قال سعيد بن المسيب، وقال سائر من ذكرنا: ليس له وطؤها لأنه لا يملكه مع إطلاق العقد فلم يملكه بالشرط كما لو زوجها أو أعتقها، وقال الشافعى: إذا شرط ذلك فى عقد الكتابة فسد لأنه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضًا فاسدًا، وقال مالك: لا يفسد العقد به لأنه لا يخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسد كالصحيح.

ولنا: قول النبى ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» ولأنها مملوكة له شرط نفعها فصح

---

(٥٥) تقدم فى (جـ٥/ ٣٥٠).

فصح كشرط استخدامها، يحقق هذا أن منعــه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود المقتضى لحل وطئها إنمــا كان لحقها فــإذا شرطه عليها جاز كــالخدمة، ولأنه استــثنى بعض ما كان له فصح كاشتراط الخدمة وفارق البيع، لأنه يزيل ملكه عنها.

فــصـل: فإن وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا تعزير ولا مهر، لأنه وطء يملكه ويباح له فأشبه وطأها قبل كتــابتها، وإن وطئها من غير شرط فقد أســاء وعليه التعزير، لأنه وطء محرم

كشرط استخـدامها، يحقق هذا أن منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليهــا ووجود المقتضى لحل وطئها إنما كــان لحقها فإذا اشترطه عليــها جاز كالخدمة ولأنه استــثنى بعض ما كان له فصح كاشتراط الخدمة وفارق البيع فإنه يزيل ملكه عنها.

33- مـسألة: (وإن وطئها من غير أن يشترط أو وطئ أمتها أدب ولم يبلغ به الحد).

إذا وطئها من غير شــرط لم يجب عليه الحد لشبهة الملك فى قول عــامة الفقهاء، وروى عن الحسن والزهــرى أنهما قــالا: عليه الحد، لأنه عــقد عليــها عقــد معاوضــة يحرم الوطء فأوجب الحد بوطئها كالبيع.

ولنا: أنها مملوكته فــلم يجب عليه الحد بوطئها كالمرهونة والمســتأجرة، ويخالف البيع فإنه يــزيل الملك، والكتابة لا تزيله بدليل قــوله ﷺ: «المكاتب عــبد ما بقى علــيه درهم» وعليه مهــرها إذا وطئها بغير شرط، لأنه اســتوفى منفعتها المــمنوع من استيفائها فــأشبه منافع بدنها، فإن كانا عالمين عُزِّرا، وإن كانا جاهــلَين عزرا، وإن كان أحدهما عالمًا والآخر جاهلاً عزر الــعالم وعــزر الجاهل، ولا تخــرج بالوطء عن الكتابة، وقــال الليث: إن طاوعــته فــقد فسخت كتابتها وعادت قنًا.

ولنا: أنه عقد لازم فلم ينفــسخ بالمطاوعة على الوطء كالإجارة والبــيع بعد لزومه ويجب لها المهر مطاوعة كانت أو مكرهة، وبه قال الحسن والثورى والحسن بن صالح والشافعى.

وقال قــتادة: يجب إذ أكرهــها ولا يجب إذا طاوعتــه، ونقله المزنى عن الشــافعى، لأن المطاوعة بذلت نفسهــا بغير عوض فصارت كالزانية، ومنصوص الشــافعى وجوبه فى الحالين وأنكر أصحابه ما نقله المزنى، وقالوا: لا يعرف، وقال مالك: لا شىء عليه، لأنها ملكه.

ولنا: أنه عوض منفعتهــا فوجب لها كعوض بدنها، ولأن المكاتبة فى يد نفســها ومنافعها لها، ولهذا لو وطئها أجنبى كان المهر لها وإنما وجب فى حال المطاوعة، لأن الحد سقط عنه للشبهة فــوجب لها المهر كما لو وطئ امــرأة بشبهة عقد مطاوعة، فــإن تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الــوطء الأول فالثانى مهــر أيضًا، لأن الأداء قطع حكم الوطء، وإن لم يكن أدى عن الأول لم يجب إلا مهر واحد، لأن هذا عن وطء الشبهــة فلم يجب إلا مهر واحد كالوطء فى النكاح الفاسد.

فــصـل: فأما إن وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا مهر ولا تعزير، لأنه وطء يملكه ويباح

ولا حد عليه فى قول عامة الفقهاء، لا نعلم فيه خلافًا إلا عن الحسن والزهرى، فإنهما قالا: عليه الحد، لأنه عقد عليهما عقد معاوضة يحرم الوطء فأوجب الحد بوطئها كالبيع.

ولنا: أنها مملوكته فلم يجب الحد بوطئها كأمته المستأجرة والمرهونة وتخالف البيع فإنه يزيل الملك، والكتابة لا تزيله بدليل قوله ﷺ: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم»(٥٦) وعليه مهرها لها، لأنه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها فكان عليه عوضها كمنافع بدنها.

فصل: وإن أولدها صارت أم ولد له، سواء وطئها بشرط أو بغير شرط، لأنه أحبلها بحر فى ملكه فكانت أم ولده كغير المكاتبة والولد حر، لأنه ولده من مملوكته ويلحقه نسبه لذلك، ولأنه من وطء سقط فيه الحد للشبهة فأشبه ولد المغرور ولا تلزمه قيمته، لأنها وضعته فى ملكه.

فصل: وليس له وطء بنتها لأنها تابعة لأمها موقوفة معها فلم يبح وطؤها كأمها، ولا يباح ذلك بالشرط، لأن حكم الكتابة ثبت فيها تبعًا ولم يكن وطؤها مباحًا حال العقد بشرطه، فإن وطئها فلا حد عليه، لأنها ملكه ويأثم ويعزر، لأنه وطئ فرجًا محرمًا ولها مهر عليه حكمه حكم كسبها يكون لأمها تستعين به فى كتابتها، لأن ذلك سبب حريتها، وإن أحبلها صارت أم ولد له والولد حر لأنه أحبلها بحر في ملكه ويلحقه نسبه ولا تجب عليه قيمتها، لأن أمها لا تملكها ولا قيمة ولدها، لأنها وضعته فى ملكه.

له فأشبه وطأها قبل كتابتها، وإذا وجب لها المهر بالوطء، فإن كان لم يحل عليها نجم فلها المطالبة، وإن كان قد حل عليها وكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة أيضًا به، وإن كان من جنسه تقاصا وأخذ ذو الفضل فضله.

34- **مسألة: (فإن أولدها صارت أم ولد له سواء وطئها بشرط أو بغير بشرط)**.

لأنه أحبلها بحر فى ملكه فكانت أم ولد كغير المكاتبة والولد حر، لأنه ولده من مملوكته ويلحقه نسبه لذلك، ولأنه من وطء سقط فيه الحد للشبهة فأشبه ولد المغرور ولا تلزمه قيمته، لأنها وضعته فى ملكه.

فصل: وليس له وطء بنت مكاتبته، لأنها تابعة لها موقوفة معها فلم يبح وطؤها كأمها ولا يباح ذلك بالشرط، لأن حكم الكتابة ثبت فيها تبعًا ولم يكن وطؤها مباحًا حال العقد فيشترط، إن وطئها فلا حد عليه ويأثم ويعزر، لأنه وطئ وطئًا محرمًا، ولها المهر حكمه حكم كسبها يكون لأمها تستعين به فى كتابتها، لأن ذلك سبب حريتها، فإن أحبلها صارت أم ولد له والولد حر، لأنه أحبلها بحر فى ملكه ويلحقه نسبه ولا تجب عليه قيمتها، لأن أمها لا تملكها ولا قيمة ولدها، لأنها وضعته فى ملكه.

---

(٥٦) تقدم فى المسألة رقم (١٠٤٠) برقم (٣١).

فصل: وليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبه اتفاقًا، فإن فعل أثم وعزر، ولا حد عليه لشبهة الملك، لأنه يملك مالكها وعليه مهرها لسيدها وولده منها حر يلحقه نسبه، لأن الحد سقط لشبهة الملك وتصير أم ولد له وعليه قيمتها لسيدها، لأنه أخرجها بوطئه عن ملكه وكان عليه قيمتها لسيده، ولا تجب عليه قيمة الولد، لأنها وضعته فى ملكه ويحتمل أن تلزمه قيمته لأنه أخرجه بوطئه عن أن يكون مملوكًا لسيدها فأشبه ولد المغرور.

فصل: ولا يملك إجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج، لأنه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعها ونفع بضعها وعن عوضه، وليس لواحدة منهما التزوج بغير إذنه، لأن عليه ضررًا فى ذلك، فإنه يثبت للزوج حقّا فيها فربما عجزت وعادت إليه على وجه لا يملك وطأها، فإن تراضيا بذلك جاز، لأن الحق لا يخرج عنهما وهو وليها وولى ابنتها وجاريتها جميعًا، لأن الملك له فأشبه الجارية القن والمهر للمكاتبة على ما ذكرنا فى مهرهن إذا وطئها السيد.

١٩٨٩- مسألة: قال: **(فإن وطئها ولم يشترط أدب ولم يبلغ به حد الزانى وكان عليه مهر مثلها).**

وجملة الأمر: أن السيد إذا وطئ مكاتبته من غير شرط فقد ذكرنا أنه لا حد عليه لكن إن كانا عالمين بالتحريم عزرا، وإن كانا جاهلين عزرا وإن كان أحدهما عالمًا والآخر جاهلاً عزر العالم وعزر الجاهل، ولا يخرج بالوطء عن الكتابة، وقال الليث: إن طاوعته فقد فسخت كتابتها وعادت قنًا.

ولنا: أنه عقد لازم فلم ينفسخ بالمطاوعة على الوطء كالإجارة والبيع بعد لزومه، فأما المهر فإنه يجب لها أكرهها أو طاوعته، وبه قال الحسن والثورى والحسن بن صالح

فصل: وليس له وطء جارية مكاتبه ولا مكاتبته اتفاقًا، فإن فعل أثم وعزر ولا حد عليه لشبهة الملك، لأنه يملك مالكها وعليه مهرها لسيدها وولده منها حر يلحقه نسبه، لأن الحد سقط لشبهة الملك وتصير أم ولد له وعليه قيمتها لسيدها، لأنه أخرجها بوطئه عن ملكه ولا تجب عليه قيمة الولد، لأنها وضعته فى ملكه، ويحتمل أن تلزمه قيمته، لأنه أخرجه بوطئه عن أن يكون مملوكًا لسيدها فأشبه ولد المغرور.

فصل: ولا يملك السيد إجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج، لأنه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعها ونفع بضعها وعن عوضه وليس لواحدة منهن التزويج بغير إذنه، لأن عليه ضررًا فى ذلك فإنه يثبت حقّا للزوج فيها، فربما عجزت وعادت إليه على وجه لا يملك وطأها، فإن تراضيا بذلك جاز، لأن الحق لا يخرج عنهما وهو وليها وولى ابنتها وجاريتها جميعًا، لأن الملك له فأشبه الجارية القن، والمهر للمكاتبة على ما ذكرنا فى مهرهن إذا وطئهن السيد.

والشافعى، وقال قتادة: يجب إذا أكرهها ولا يجب إذا طاوعته ونقله المزنى عن الشافعى، لأن المطاوعة بذلت نفسها بغير عوض فصارت كالزانية، ومنصوص الشافعى وجوبه فى الحالين وأنكر أصحابه ما نقله المزنى، وقالوا: لا يعرف وقال مالك: لا شىء عليه لأنها ملكه.

ولنا: أنه عوض منفعتها فوجب لها كعوض بدنها، ولأن المكاتبة فى يد نفسها ومنافعها لها ولهذا لو وطئها أجنبى كان المهر لها، وإنما وجب فى حال المطاوعة، لأن الحد يسقط عنه لشبهة الملك فوجب لها المهر كما لو وطئ امرأة بشبهة عقد مطاوعة فإن تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الوطء الأول فللثانى مهر أيضًا، لأن الأداء قطع حكم الوطء الأول، وإن لم يكن أدى عن الأول لم يجب إلا مهر واحد، لأن هذا عن وطء الشبهة فلم يكن إلا مهرًا واحدًا كالوطء فى النكاح الفاسد.

فصل: وإذا وجب لها المهر فإن كان لم يحل عليها نجم فلها المطالبة، به إن كان قد حل عليها فكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة به أيضًا وإن كان من جنسه تقاصا، وأخذ ذو الفضل فضله.

١٩٩٠- **مسألة:** قال: **(فإن علقت منه فهى مخيرة بين العجز وتكون أم ولد وبين المضى على كتابتها، فإن أدت عتقت، وإن عجزت عتقت بموته وإن مات قبل عجزها انعتقت لأنها من أمهات الأولاد ويسقط عنها ما بقى من كتابتها وما فى يدها لورثة سيدها)**.

وجملته: أن السيد إذا استولد مكاتبته فالولد حر، لأنه من مملوكته ونسبه لاحق به لذلك، ولا تجب قيمته لذلك وتصير أم ولد له لذلك ولا تبطل كتابتها، لأنه عقد لازم من جهة سيدها، وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه، هذا قول الزهرى ومالك والثورى والليث والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر، وقال الحكم: تبطل كتابتها لأنها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاد كالتدبير.

ولنا: أنها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع، ولأنها سبب للعتق لا يملك السيد

35- **مسألة: (فإن أدت عتقت، وإن مات سيدها قبل أدائها عتقت وسقط ما بقى من كتابتها وما فى يدها لها إلا أن يكون بعد عجزها، وقال أصحابنا: هو لورثة سيدها وكذلك الحكم فيما إذا أعتق المكاتب سيده)**.

قد ذكرنا أن السيد إذا استولد مكاتبته صارت أم ولد له والولد حر ونسبه لاحق به ولا تبطل كتابتها بذلك، لأنها عقد لازم من جهة سيدها، وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه، هذا قول الزهرى ومالك والليث والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر، وقال الحاكم: تبطل كتابتها، لأنها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاد كالتدبير.

ولنا: أنها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع، ولأنها سبب للعتق لا يملك السيد الرجوع عنه فلم يبطل بذلك كالتعليق بصفة وما ذكره يبطل بالتعليق بالصفة، وتفارق الكتابة

الرجوع عنه فلم تبطل بذلك كالتعليق بصفة، وما ذكروه يبطل بالتعليق بالصفة وتفارق الكتابة التدبير من وجوه: أحدها: أن حكم التدبير والاستيلاد واحد وهو العتق عقيب الموت والاستيلاد أقوى، لأنه يعتبر من رأس المال ولا سبيل إلى إبطاله بحال فاستغنى به عن التدبير، والكتابة سبب يتعجل بها العتق بالأداء ويكون ما فضل من كسبها لها ويملك بها منافعها وكسبها وتخرج عن صرف سيدها، وهذا لا يحصل بالاستيلاد فيجب أن تبقى لبقاء فائدتها، **الثاني**: أن الكتابة أقوى من التدبير للزومها وكونها لا تبطل بالرجوع عنها ولا ببيع المكاتب ولا هبته، **الثالث**: أن التدبير تبرع والكتابة عقد معاوضة لازم فإذا ثبت هذا فإنه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضى الحرية فأيهما ثم قبل صاحبه ثبتت الحرية به كما لو انفرد، لأن انضمام أحدهما إلى الآخر كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه، فإن أدت عتقت بالكتابة وما فضل من كسبها فهو لها، لأن المعتق بالكتابة له ما فضل من نجومه، وإن عجزت وردت فى الرق بطل حكم الكتابة وبقى لها حكم الاستيلاد منفرداً كما لو لم تكن مكاتبة، وله وطؤها وتزويجها وإجارتها وتعتق بموته وما فى يدها لورثة سيدها وإذا مات سيدها قبل عجزها انعتقت، لأنها أم ولد وتسقط الكتابة، لأن الحرية حصلت فسقط العوض المبذول فى تحصيلها كما لو باشرها سيدها بالعتق وما فى يدها لورثة سيدها فى قول الخرقى وأبى الخطاب، لأنها عتقت بحكم الاستيلاد وبطل حكم الكتابة فأشبهت غير المكاتبة، وقال

التدبير من وجوه: أحدها: أن حكم التدبير والاستيلاد واحد وهو العتق عقيب الموت والاستيلاد أقوى، لأنه يعتبر من رأس المال ولا سبيل إلى إبطاله بحال فاستغنى به عن التدبير، والكتابة سبب يتعجل به العتق بالأداء ويكون ما فضل من كسبها لها وتملك بها منافعها وكسبها وتخرج عن تصرف سيدها وهذا لا يحصل بالاستيلاد فيجب أن تبقى لبقاء فائدتها، **الثانى**: أن الكتابة أقوى من التدبير للزومها وكونها لا تبطل بالرجوع عنها ولا بيع المكاتب ولا هبته، **الثالث**: أن التدبير تبرع والكتابة عقد معاوضة لازم، إذا ثبت هذا فإنه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضى الحرية فأيهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به كما لو انفرد، لأن انضمام أحدهما إلى الآخر مع كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه، فإن أدت عتقت بالكتابة وما فضل من كسبها فهو لها، لأن المعتق بالكتابة له ما فضل من نجومه، وإن عجزت وردت فى الرق بطل حكم الكتابة وبقى لها حكم الاستيلاد منفرداً كما لو لم تكن مكاتبة وله وطؤها وتزويجها وإجارتها وتعتق بموته وما فى يدها لورثة سيدها، فإن مات سيدها قبل عجزها عتقت بأنها أم ولد وسقطت الكتابة، لأن الحرية حصلت فسقط العوض المبذول فى تحصيلها كما لو باشرها سيدها بالعتق وما فى يدها لورثة سيدها فى قول الخرقى وأبى الخطاب، لأنها عتقت بحكم الاستيلاد فبطل حكم الكتابة فأشبهت غير المكاتبة، وقال
القاضى فى «المجرد» وابن عقيل فى الفصول: ما فضل فى يدها لها، وهو قول الشافعى، لأن

القاضى في «المـجرد» وابن عقـيل فى كتابه: ما فـضل فى يدها لها وهو قول الشـافعى، لأن العتق إذا وقع فى الكتابة لا يبطل حكمها كالإبراء من نجوم الكتابة، ولأن ملكها كان ثابتًا على ما فى يدها ولم يحدث إلا ما يزيل حق سـيدها عنها فيقتضى زوال حقـه عما فى يدها وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك فى نفسها وهذا أصح، والله أعلم.

فـصل: وإن أعتقها سيدها عتقت وسـقطت كتابتها وما فى يدها لها فى قول القاضى ومن وافـقـه، فأما على قول الخرقى ومن وافقه فقياســه أن يكون لسيدها كما لو عتقت بالاستيلاد ويحتمـل أن يكون لها على قولهم أيضًا، لأن السـيد أعتقـها برضاه فيكون رضـا منه بإعطائها مالها بخـلاف العتق بالاستيـلاد، فإنه حصل بغيـر رضا الورثة واختيارهـم، ولأنه لو كان مال المكاتب يصير للسيد بإعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء فمتى كان له غرض فى أخذ ماله إمـا لكثرته وفضله عن نجوم كـتابته وإما لغـرض له فى بعض أعيان ماله أعـتقه وأخذ ماله وهذا ضـرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتـضيه عقد الكـتابة فوجب أن لا يشرع.

فـصل: وإن أتت بولد من غير سيدها بعد استـيلادها فله حكمها فى العتق بكل واحد من السـببين أيهـما سـبق عتق به كـالأم سواء، لأنه بائع لها فـيثبت لـه ما يثبت لهـا، وإن ماتت المكاتبة بقى للولد سبب الاستيلاد وحده، وإن اخـتلفا فى ولدها فقالت: ولدته بعد كتابتى أو بعد ولادتى، وقـال السيد: بـل قبله، فقـال أبو بكر القول قول السـيد مع يمـينه، وهذا قول

العتق إذا وقع فى الكتابة لا يبطل حكمها كالإبـراء من مال الكتابة، ولأن ملكها كان ثابتًا على ما فى يدها ولم يحدث إلا ما يزيل حق سـيدها عنها فيقتضى زوال حقـه عما فى يدها وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك فى نفسها، وهذا أصح.

36- مـسـألة: (**وكذلك الحكم فـيما إذا أعتق المكاتب سيده يكون كسبـه له فى قول القـاضى ومن وافقـه**) وعلى قياس قول الخـرقى ومن وافقه يكون لسيده كمـا لو عتقت الأمة المكاتبة، ويحـتمل أن يكون لسيـدها أيضًا على قول الـخرقى ومن وافقه، لأن الـسيد أعتـقه برضاه فـيكون رضًا منه بإعطائه مـاله بخلاف العتق بالاسـتيلاد فـإنه حصل بغيـر رضا الورثة واختـيارهم، ولأنه لو كان مـال المكاتب يصير إلى السـيد إعتاق لتـمكن السيد من أخـذ مال المكاتب متى شاء فمـتى كان له غرض فى أخد ماله إما لكونه يفـضل عن نجوم الكتابة، وإما لغرض له فى بعض أعيان مـاله أو لكونه يتعجله قبل أن تحل نجوم الكتـابة أعتق وأخذ ماله، وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب أن لا يشرع.

فـــصل: وإن أتت المكاتبة بولد من غـير سيدها بعد استيلادها فله حكمهـا بالعتق بكل واحد من السـببين أيهما سبق عـتق به كالأم سواء، لأنه تابع لها فـيثبت له مـا ثبت لها، وإن ماتت المكاتبـة بقى للولد سبب الاستـيلاد وحده، فإن اخـتلفا فى ولدها فقـالت: ولدته بعد

الشافعى، لأن الأصل كـون الأمة وولدها رقيقًا لسيـدهما التصرف فيهـما وهى تدعى ما يمنع التصرف، وإن زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا فى ولدها فقال السيد هو لى، لأنها ولدته قبل بيـعها لك وقـال المكاتب بل بعده فـالقول قول المكاتب، لأنهـما اختلـفا فى ملكه ويد المكاتب عليه فكان القـول قول صاحب اليد مع يمـينه كسائر الأموال ويفـارق ولد المكاتبة، لأنها لا تدّعى ملكه.

فـصل: إذا كانت الأمة بين شـريكين فكاتباها ثم وطئها أحـدهما أدب فوق أدب الواطئ لمكاتبته الخالصة له، لأن الوطء ههنا حرم من وجهين الشركة والكتابة فهو آكد، وإثمه أعظم وأدبه أكثر وعليه مهـر مثلها على ما أسلفناه فيما إذا كان السـيد واحدًا، فإن لم يكن حل نجم قبضت المهـر فإذا حل نجمهما سلمتـه إليهما، وإن حل نجمهمـا وهو من جنس مال الكتابة وكان فى يدها بقدره دفـعته إلى الذى لم يطأها واحتسبـت على الواطىء بالمهر، وإن لم يكن فى يدها شىء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطئ نصفه وسلمته إلى الآخر، وإن لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقا على أخذه عوضًا من مال الكتابة فالحكم فيه كما لو كان من جنسها وإن لم يتفقا قبضته ودفعته مـما عليها من مال الكتابة من عوضه أو غيره، وإن عجزت فسخا الكتابة وكان فى يدها بقدر المهر أخذه الذى لم يطأ وسقط المهر من ذمة الواطئ وإن لم يكن فى يدها شىء كان للذى لم يطأ أن يرجع على الواطئ بنصفه، لأنه وطئ جـارية مشتركة

كتابتى أو بعد ولادتى، وقال السيد: بل قبله، فقال أبو بكر: القول قول السيد مع يمينه، وهذا قول الشافـعى، لأن الأصل كون الأمة وولدها رقيقًا لسـيدها له التصرف فيهـما وهو يدعى ما يمنع التصرف، ثم وإن زوج مكاتبـه أمته ثم باعها منه واختلفا فى ولدها فـقال السيد هو لى، لأنها ولدته قبل بيعها لك، وقال المكاتب: بل بعده، فالقول قول المكاتب، لأنهما اختلفا فى ملكه ويد المكاتبـة عليه فكان القول قـول صاحب اليد مع يمـينه كسائر الأمـوال ويفارق ولد المكاتب، لأنها لا تدعى ملكه.

فـــصل: وإن كاتب اثنان جاريتـهما ثم وطئها أحدهمـا أدب فوق أدب الواطئ المكاتبة الخالصة له، لأن الوطء ههنا حرم من وجهين الشركة والكتابة فهو آكد وإثمه أعظم وعليه لها مهر مثلها على ما أسلفناه فيما إذا كان السيد واحدًا، فإن لم يكن حل نجم قبضت المهر، فإذا حل نجمهـا سلمته إليهمـا، وإن حل نجمها وهو من جنس مال الكتـابة وكان فى يدها بقدره دفعته إلى الذى لم يطأها واحتسب على الواطئ بالمهر، وإن لم يكن فى يدها شىء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطئ نصفه وسلمته إلى الآخر، وإن لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقـا على أخذه عوضًا عن مال الكتـابة فالحكم فيه كـما لو كان من جنسها، وإن لم يتـفقا قبضت ودفعت ما عليها من مال الكتابة من عوضـه أو غيره، وإن عجزت ففسخا الكتابة وكان فى يدها بقدر المهـر أخذه الذى لم يطأ وسقط المهـر من ذمة الواطئ، وإن لم يكن فى يدها

بينهما، فإن حبلت منه صارت أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان أو معسراً إلا أنه إن كان موسراً أداه فى الحال، وإن كان معسراً فهو فى ذمته، هذا ظاهر كلام الخرقى ذكر مثل هذا فى باب العتق، فعلى هذا تصير أم ولد للواطئ ومكاتبته له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على ما بقى من كتابتهما وتعتبر قيمتها بما تساوى مكاتبته مبقاة على ما بقى عليها من كتابتها، واختار القاضى أنه إن كان معسراً لم يسر الإحبال، لأنه بمنزلة الإعتاق بالقول يعتبر اليسار فى سرايته ونصيب الواطئ قد ثبت له حكم الاستيلاد وحكم الكتابة، ونصيب شريكه لم يثبت له إلا حكم الكتابة، فإن أدت إليهما عتقت وبطل حكم الاستيلاد، وإن عجزت وفسخا الكتابة ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها قن لا يقوم على الوارث، وإن كان موسراً لأنه ليس بمعتق، وإن مات الواطئ قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقى مكاتبًا، وإن كان الواطئ موسراً فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها الآخر موقوف، فإن أدت إليهما عتقت كلها وولاؤها لهما، وإن عجزت وفسخا الكتابة قومناها حينئذ على الواطئ فيدفع إلى شريكه قيمة نصيبه وتصير جميعها أم ولد له، فإن مات عتقت عليه وكان ولاؤها له، وهذا مذهب الشافعى وله قول آخر: أنها تقوم على الموسر وتبطل الكتابة فى نصف الشريك وتصير جميعها أم ولد ونصفها مكاتبًا للواطئ، فإن أدت

شىء كان للذى لم يطأ أن يرجع على الواطئ بنصفه، لأنه وطئ جارية مشتركة بينهما، فإن حبلت منه صارت أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان أو معسراً، فإن كان موسراً أداه فى الحال، وإن كان معسراً فهو فى ذمته، هذا ظاهر كلام الخرقى، فعلى هذا تصير أم ولد للواطئ ومكاتبة له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على ما بقى من كتابتها وتعتبر قيمتها مكاتبة مبقاة على ما بقى من كتابتها، واختار القاضى أنه إن كان معسراً لم يسر الإحبال، لأنه بمنزلة الإعتاق بالقول يعتبر اليَسار فى سرايته ونصيب الواطئ قد ثبت له حكم الاستيلاد وحكم الكتابة ونصيب شريكه لم يثبت له إلا حكم الكتابة، فإن أدت إليهما عتقت وبطل حكم الاستيلاد ونصفها قن لا يقوم علَى الوارث، وإن كان موسراً، لأنه ليس بعتق، وإن مات الواطئ قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقى مكاتبًا، وإن كان الواطئ موسراً فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها الآخر موقوف، فإن أدت إليهما عتقت كلها وولاؤها لهما، وإن عجزت وفسخت الكتابة قومناها حينئذ على الواطئ فيدفع إلى شريكه قيمة نصيبه ويصير جميعها أم ولد له، فإن مات التقت عليه وكان ولاؤها له وهذا مذهب الشافعى، وله قول آخر: أنها تقوم على الموسر وتبطل الكتابة فى نصف الشريك ويصير جميعها أم ولد ونصفها مكاتبًا للواطئ، فإن أدت نصيبه إليه عتقت وسرى إلى الباقى، لأنه ملكه وعتق جميعها، وإن عجزت ففسخت الكتابة كانت أم ولد له خاصة، فإذا مات عتقت كلها.

نصيبه إليه عتقت وسرى إلى الباقى، لأنه ملكه وعتق جميعها، وإن عجزت ففسخ الكتابة كانت أم ولد له خاصة فإذا مات عتقت كلها.

ولنا: أن بعضها أم ولد فكان جميعها كذلك كما لو كان الشريك موسرًا يحقق هذا أم الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطئ ونسبه لاحق به فيجب أن يثبت ذلك لجميعها ويفارق الإعتاق فإنه أضعف على ما بيّنا من قبل.

ولنا: على أن الكتابة لا تبطل بالتقويم أنها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه كما لو استولدها وهى فى ملكه وكما لو لم تحبل منه فأما الولد فإنه حر، لأنه من وطء فيه شبهة ونسبه لاحق به كذلك ولا يلزمه قيمته لأنها وضعته فى ملكه، وروى عن أحمد فى هذا روايتان: **إحداهما**: لا تجب قيمته، لأن نصيب شريكه انتقل إليه من حين العلوق وفى تلك الحال لم تكن قيمته فلم يضمنه، **والثانية**: عليه نصف قيمته لأنه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكًا لشريكه فقد تلف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته، وقال القاضى: هذه الرواية أصح على المذهب وذكر هاتين الروايتين أبو بكر، واختار أنها إن وضعته بعد التقويم فلا شىء على الواطئ وإن وضعته قبل التقويم غرم نصف قيمته، فإن ادّعى الواطئ الاستبراء وأتت بالولد لأكثر من ستة أشهر حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد وكان حكم ولدها حكمها، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به كما لو كان قبل الاستبراء لأنا تبينا أنه كانت حاملاً وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء.

ولنا: أن بعضها أم ولد فكان جميعها كذلك كما لو كان الشريك موسرًا، يحقق هذا أن الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطئ ونسبه لاحق به فينبغى أن يثبت ذلك لجميعها ويفارق الإعتاق، فإنه أضعف على ما بينا من قبل.

ولنا: على أن الكتابة لا تبطل بالتقويم أنها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه كما لو استولدها وهى فى ملكه أو كما لو لم تحبل منه، وأما الولد فهو حر، لأنه من وطء فيه شبهة ونسب لاحق به لذلك ولا تلزمه قيمته، لأنها وضعته فى ملكه، وروى عن أحمد فى هذا روايتان: **إحداهما**: لا تجب قيمته، لأن نصيب شريكه انتقل إليه من حين العلوق وفى تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمنه، **والثانية**: عليه نصف قيمته، لأنه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكًا لشريكه فقد أتلف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته، قال القاضى: هذه الرواية أصح فى المذهب، وذكر هاتين الروايتين أبو بكر وذكر أنها إن وضعته بعد التقويم فلا شىء على الواطئ، وإن وضعته قبل التقويم غرم نصف قيمته، فإن ادعى الواطئ لها الاستبراء فأتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد وكان حكم ولدها حكمها، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به كما لو كان قبل الاستبراء، لأنا تبينا أنها كانت حاملاً وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء.

فصل: **وإن وطئاها جميعًا فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها**، فإن كانت فى الحالين على صفة واحـدة فهما سواء فى الواجب عليهما، وإن كـانت بكرًا حين وطئها الأول فعليه مهر بكر وعلى الآخـر مهر ثيّب، فإن كان نجمها لم يحل فلها مطالبتـهما بالمهرين وإن كان النجم قد حل وهو من جنـس المهر تقاصا على ما ذكـرنا فى المقاصة، فإن أدت إليـهما عتقت وكان لهما المطالبة بالمهرين وإن عجزت عن نفسـها وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء، لأنها قبضتهما وهى مستحقة لذلك، فإن كانا فى يدها اقتسماها، وإن تلفـا أو بعضهما فلا شيء لها، لأن السيـد لا يثبت له دين على مملوكه، وإن كان الفسخ قبل قبض المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ما عليه، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر تقاص منها بـقدر أقلهما على الآخر بنصف الزيادة وإن قبضـت البعض من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ما عليه وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر أو قـبضت من أحدهمـا أكثر من الآخـر رجع من قبض منه الأكثـر على الآخر بنصف الزيادة التى أداها وإن أفضـاها أحدهما بوطئه فـعليه لها ثلث قيـمتها، لأن الإفضـاء فى الحرة يوجب ثلث ديتها فوجب فى الأمة ثلث قيمتها مع المهر.

37- مسألة: **(وإن وطئاها جميعًا فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها)**.

فإن كانت فى الحـالين على صفة واحدة فهـما سواء فى الواجب عليهـما وإن كانت بكرًا حين وطئـها الأول فـعليه مـهر بكر وعلى الآخر مـهر ثيب، فـإن كان نجـمها لم يحـل فلها مطالبتهما بالمهرين، وإن كان قد حل وهو من جنس المهر تقاصا على ما ذكرنا فى المقاصة، فإن أدت إليهـما عتقت وكان لها المـطالبة بالمهرين، وإن عجزت نـفسها وفسخـا الكتابة بعد قبـضها المهـرين وكانا سواء لم يمـلك أحدهما مطالبـة الآخر بشيء، لأنها قـبضتهـما وهى مستحقة لذلك، فإن كانا فى يدها اقتسماهـما، وإن تلفا أو بعضهما فلا شيء لهما، لأن السيد لا يثبت له دين على مـملوكه، وإن كان الفسخ قـبل قبض المهرين وهما سـواء سقط عن كل واحد ما عـليه، وإن كان أحدهمـا أقل من الآخر تقاصا منهـما بقدر أقلهمـا ويرجع من عليه أقلهما على الآخر بنصف الزيادة، وإن قبضت من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ما عليه، وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر أو قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الأكثر على الآخر بنصف الزيادة التى أداها، فإن أفضاها أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتهـا، لأن الإفضاء فى الحرة يوجب ثلث ديتها فيوجب فى الأمة ثلث قيمتـها وهو مذهب الشافعى، وهذا الخلاف مبنى على الواجب فى إفـضاء الحرة وسنذكره إن شاء الله تعالى، فإن فسخت الكتابة رجع من لم يفضـها على الآخر بنصف قيمة الإفضاء على الخلاف المذكور، فإن ادعى كل واحد منهما على الآخر أنه الذى أفضاها أو وطئها حلف كل واحد منهما وبرئ، وإن نكل أحـدهما قضى عليه وإن كان الخلاف قـبل عجزها فادعت على أحدهما فالقول قوله مع يمينه، وإن ادعت على أحدهما غير معين لم تسمع الدعوى.

فــصل: ويحتمل أن يلزمه فى الإفضـاء قدر نقصها، وقال القاضى: تلزمه قـيمتها وهو مذهـب الشافـعى والخلاف فى ذلك فـرع على الواجب فى إفضـاء الحرة، وقـد ذكرنـاه فإن فسخت الكتابة رجع من لـم يفضهـا على الآخر بنصف قـيمـة الإفضاء علـى الخلاف الذى ذكرناه، وإن ادعى كل واحـد منهمـا على الآخر أنه الذى أفضـاها أو وطئهـا حلف كل واحد منهما وبرئ وإن نكل أحدهما قضى عليه، وإن كان الخلاف فى ذلك قبل عجزها فادعت على أحدهما فالقول قوله مع يمينه، وإن ادّعت على أحدهما غير معين لم تسمع الدعوى.

فصل: فإن أولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منهما، فعلى قول الخرقى تصير أم ولد له وولده حر لاحق النسب به، والخلاف فى ذلك كالخلاف فيما إذا انفرد بإيلادها سواء، أما الثانى: فعلى قول الخرقى قد وطئ أم ولد غيـره بشبهة وأولدها فلا تصير أم ولد له، لأنها مملوكة غيره فأشبه ما لو باعـها ثم أولدها وعليه مهرها لها، لأن الكتابة لم تبطل والولد حر، لأنه وطء شبهـة وعليه قيمـته للأول، لأنه فوت رقه عليـه فكان من سبيله أن يكون رقـيقًا له حكمه حكم أمـه فتلزمه قـيمته علـى هذه الصفة، وقد ذكـرنا فى وجوب نصف قـيمة الأول خلافًا، فإن قلنا بوجوبهـا تقاصا بما لكل واحد منهما على صاحبـه فى القدر الذى تساويا فيه ويرجع ذو الفضل بفضله، وتعتبر القيمة يوم الولادة، لأنها أول حال أمكن التقويم فيها، وذكر القاضى فى هذه المسألة أربعة أحوال.

38- مسألة: (وإن ولدت من أحدهما صارت أم ولد له).

ويغرم لشريكه نصف قيمتها وهل يغرم نصف قيمة ولدها؟ على روايتين، وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه فيما إذا وطئها أحدهما.

39- مــسـألة: (وإن أتت بولد وألحق بهمـا صارت أم ولد لهمـا يعتق نصفهـا بموت أحدهما وباقـيها بموت الآخر كـما لو كان سيدها واحـدًا واستولدها فإنها تـعتق بموته، وعند القاضى لا يسرى استيلاد أحدهما إلى نصيب شريكه).

لأنه انعقد له سـبب استحقاقـه للولاء على نصيبه بالكتابة فلم يـجز إبطاله بالسراية إلا أن يعجز فينظر حينئذ، فإن كان موسرًا قـوم عليه نصيب شريكه وإلا فلا، وقد ذكرنا قول القاضى وأجبنا عنه فيما سبق.

فـصل: فأما إن أولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منهما فعلى قول الخرقى تصير أم ولد له وولده حر يلحقـه نسبه، والخلاف فى ذلك كالخلاف فيـما إذا انفرد بإيلادها سواء، وأما الثانى فقد وطئ أم ولد غيره بشبهة وأولدها فلا تصير أم ولد له، لأنها مملوكة غيره فأشبه ما لو باعها ثم أولدها وعليه مهرها لهـا، لأن الكتابة لم تبطل والولد حر، لأنه من وطء شبهة وعليه قيـمته للأول، لأنه فوت رقـه عليه وكان من سبـيله أن يكون رقيقًا له حكمـه حكم أمه فتلزمـه قيمـته على هذه الصفـة، وقد ذكرنـا فى وجوب نصف قيـمة الأول خلافـًا، فإن قلنا

أحـدها: أن يكونا موسرين فالحكم على ما ذكرنا إلا أنه جعل المهر الواجب على الثانى للأول، وهذا مذهب الشـافعى ولا يصح، لأن الكتابة لا تبطل بالاستـيلاد ومهر المكاتـبة لها دون سيدها، ولأن سيدها لو وطئها لوجب عليـه المهر لها فلأن لا يملك المهر الواجب على غيره أولى، ولأنه عوض نفعها فكان لها كأجرتها.

الثانى: أن يكون الأول موسرًا والثانى معسرًا فيكون كالحال الذى قبله سواء قال القاضى: إلا أن ولده يكون مملوكًا لإعساره بقيمته، وهذا غير صحيح، لأن الولد لا يرق لإعسار والده بدليل ولد المغرور من أمة والوطء بشبهة وكل موضع حكمنا بحرية الولد لا يختلف بالإعسار واليسار فإنما يعتبر اليسار فى سـراية العتق وليس عتق هذا بطريق السراية إنما هو لأجل الشبهة فى الوطء فلا وجه لاعتبار اليسار فيه، والصحيح أنه حر وتجب قيمته فى ذمة أبيه.

الحـال الـثـالث: أن يكونا معسرين فـإنها تصير أم ولد لهما جميعًـا نصفها أم ولد للأول ونصفها أم ولد للثانى، قال: وعلى كل واحد منهـما نصف مهرها لصاحبه وفى ولد كل واحد منهما وجهان: **أحدهما:** أن يكون كله حرًا وفى ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه، **والثانى:** نصفه حر وباقـيه عبد لشـريكه إلا أن نصف ولد الأول عبد قن، لأنه تابـع للنصف الباقى من الأم، وأما النصف الباقى من ولد الثانى فحكمه حكم أمـه، لأنه ولد منها بعد أن ثبت لنصفها حكم الاستـيلاد للأول فكان نـصفه الرقـيق تابعًا لـها فى ذلك، ولعل القـاضى أراد ما إذا عـجزت

بوجوبها تـقاصا بما لواحد منـهما على صاحبـه فى القدر الذى تساويا فيـه ويرجع ذو الفضل بفضله وتعتبر القيمة يوم الولادة، لأنها أول حال أمكن التقويم فيها، وذكر القاضى فى المسألة أربعة أحوال:

أحـدها: أن يكونا موسرين فالحكم على ما ذكرنا إلا أنه جعل المهر الواجب على الثانى للأول، وهذا مذهب الشافعى، ولا يصح هذا، لأن الكتابة لا تبطل بالاسـتيلاد ومهر المكاتبة لها دون سيـدها، ولأن سيدها لو وطئها وجب عليـه المهر لها فلأن لا يـملك المهر الواجب على غيره أولى، ولأنه عوض نفعها فكان لها كأجرتها.

الثانى: أن يكون الأول موسرًا والثانى معسرًا فيكون كالحال الأول سواء، قال القاضى إلا إن ولده يكون مملوكًا لإعساره بقيمته وهذا غير صحيح، لأن الولد لا يرق بإعسار والده بدليل ولد المغـرور من أمة والواطئ بشـبهـة وكل موضع حكمنا بحـرية الولد لا يختلف بالإعـسار واليســار، وإنما يعتـبر اليســار فى سراية العـتق وليس عتق هذا بطريق السـراية إنما هو لأجل الشبهة فى الوطء فلا وجه لاعتبار التساوى فيه، والصحيح أنه حر وتجب قيمته فى ذمة أبيه.

الحـال الثـالث: أن يكونا معسرين فإنها تصيـر أم ولد للأول ونصفها للثانى، قال: وعلى كل واحد منهما نصف مهرها لصاحبه، وفى ولد كل واحد منهما وجهان: **أحدهما:** أن يكون كله حرًا وفى ذمة أبيه نصف قـيمته لشريكه، **والثـانى:** نصف حر وباقيه عـبد لشريكه إلا أن

وفسخت الكتابة، فأما إذا كانت باقية على الكتابة فإن لها المهر كاملاً على كل واحد منهما، وإذا حكم برق نصف ولدها وجب أن يكون له فى الكتابة لأن ولد المكاتبة يكون تابعًا لها.

الحال الرابع: أن يكون الأول معسرًا والثانى موسرًا فحكمه حكم الثالث سواء إلا أن ولد الثانى حر، لأن الحرية ثبتت لنصفه بفعل أبيه وهو موسر فسرى إلى جميعه وعليه نصف قيمته لشريكه ولم تقوم عليه الأم، لأن نصفها أم ولد للأول، ولو صح هذا لوجب أن لا يقوم عليه نصف الولد، لأن حكمه حكم أمه فى هذا فإذا منع حكم الاستيلاد السراية فى الأم منعه فيما هو تابع لها، ومذهب الشافعى فى هذه المسألة قريب مما ذكر القاضى.

فصل: وإن اختلفا فى السابق منهما فادّعى كل واحد منهما أنه السابق، فعلى قولنا: لها المهر على كل واحد منهما وكل واحد يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية، لأنه يقول: صارت أم ولد لى بإحبالى إياها ووجب لشريكى علىَّ نصف قيمتها ولى عليه قيمة ولده، لأنه يقول: أولدتها بعد أن صارت أم ولد لى وهل يكون مقرًا له بنصف قيمة ولده؟ على وجهين سبق ذكرهما، فعلى هذا إن استوى ما يدعيه وما يقر به تقاصا وتساقطا، ولا يمين لواحد منهما على صاحبه، لأنه يقول: لى عليك مثل ما لك على والجنس واحد فتساقطا، وإن زاد ما يقر به فلا شىء عليه، لأن خصمه يكذبه فى إقراره، وإن زاد ما يدّعيه فله اليمين على صاحبه فى

نصف الولد الأول عبد قن، لأنه تابع للنصف الباقى من الأم، وأما النصف الباقى من ولد الثانى حكمه حكم أمه، لأنه ولد منها بعد أن ثبت لنصفها حكم الاستيلاد للأول فكان نصفه الرقيق تابعًا لها فى ذلك، ولعل القاضى أراد ما إذا عجزت وفسخت الكتابة، فأما إذا كانت باقية على الكتابة فلها المهر كاملاً على كل واحد منهما إذا حكم برق نصف ولدها وجب أن يكون له حكمها فى الكتابة، لأن ولد المكاتبة يكون تابعًا لها.

الحال الرابع: أن يكون الأول معسرًا والثانى موسرًا فحكمه حكم الثالث سواء إلا أن ولد الثانى حر، لأن الحرية تثبت لنصفه بفعل أبيه وهو موسر فسرى إلى جميعه وعليه نصف قيمته لشريكه ولم تقوم عليه الأم، لأن نصفها أم ولد للأول ولو صح هذا لوجب أن لا يقوم عليه نصف الولد، لأن حكمه حكم أمه فى هذا، فإذا منع حكم الاستيلاد السراية فى الأم منعه فيما هو تابع لها، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل قريب مما ذكر القاضى.

فصل: وإن اختلفا فى السابق منهما فادعى كل واحد منهما أنه السابق، فعلى قولنا لها المهر على كل واحد منهما وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية، لأنه يقول: صارت أم ولد لى بإحبالى إياها ووجب لشريكى على نصف قيمتها ولى عليه قيمة ولده، لأنه يقول أولدتها بعد أن صارت أم ولد لى وهل يكون مقرًا لها بنصف قيمة ولدها؟ على وجهين سبق ذكرهما، فعلى هذا إن استوى ما يدعيه وما يقر به تقاصا وتساقط ولا يمين على صاحبه، لأنه يقول: لى عليك مثل ما لك على والجنس واحد فتساقطا، وإن زاد ما يقر به فلا شىء

الزيادة، ويثبت للأمـة حكم العتق فى نصيب كل واحـد منهما بموته لإقـراره بذلك ولا يقبل قوله على شريكه فى إعتاق نصيبه.

وقال أبو بكر: فى الأمة قولان: **أحدهما**: يقرع بينهما فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له، **والثـانى**: تكون أم ولد ولا يطؤها واحد منهما قال: وبالأول أقول، وأما القاضى فاختار أنهما إن كانا مـوسرين فكل واحـد منها يدّعى المـهر على صاحـبه ويقـر له بنصفـه، وهذا مذهب الشافعى، لأن المهر عندهم لسيدها دونهـا ولا يعتق شىء منها بموت الأول لاحتمال أن تكون أم ولد للآخر، وأما إذا مات الآخـر عتقت لأن سيدها قد مات يقينًا، وإن كـانا معسرين فكل واحد منهما مقر بأن نصفها أم ولده ويصـدقه الآخر، لأن الاستيلاد لا يسرى مع الإعسار وكل واحد منهما يقر لصاحـبه بنصف المهر والآخر يصدقه فيتقـاصان إن تساويا وإن فضل أحدهما صاحبه نظرت فإن كان كل واحد منهما يدّعى الـفضل تحالفا وسقط وإن كان كل واحد منهما يقر للآخر بالفضل سقط لتكذيب المقر له به، وفى الولد وجهان: **أحدهما**: يكون حرًا فيكون كل واحد منهما يدّعى على الآخر نصف قيمة الولد، **والوجه الثانى**: نصفه حر فيقر بأن نصف الولد مملوك لشـريكه فيكون الولدان بينهـما من غير يمـين، وعلى الوجه الأول يتقـاصان إن تساوت قيـمة الولدين ولا يمين فى الموضـعين فأيهمـا مات عتق نصيـبه وولاؤه له، وإن كان أحدهما موسرًا والآخر مـعسرًا فالموسر يقر للمعسر بنصف المـهر ونصف قيمة الولد ونصف

عليه، لأن خـصمه يكـذبه فى إقراره، وإن زاد ما يدعـيه فله اليمـين على صاحـبه فى الزيادة ويثبت للأمة حكم العـتق فى نصيب كل واحد منهما بموته لإقـراره بذلك ولا يقبل قوله على شريكه فى إعتاق نصيبه.

وقال أبو بكر: فى الأمة قولان: **أحدهما**: أن يقرع بينهما فتكون أم ولد لمن تقع القرعة لـه، **والثـانى**: تكون أم ولد لهما ولا يطؤها واحد منهما، قال: وبالأول أقول، وأما القاضى فاختار أنهما إن كانا موسرين فكل واحد منهما يدعى المهر على صاحبه ويقر له بنصفه، وهذا مذهب الشافعى، لأن المهر عندهم لسيدها دونها ولا يعتق شىء منها بموت الأول لاحتمال أن تكون أم ولد للآخر فإذا مات الآخر عتقت، لأن سيدها قد مات يقينًا، وإن كانا معسرين فكل واحد منهما يقر بأن نصفها أم ولده ويصـدقه الآخر، لأن الاستيلاد لا يسرى مع الإعسار وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف المهر والآخر يصـدقه فيتقاصان إن تساويا، وإن فضل أحدهما صاحـبه نظرت، فإن كان كل واحـد منهما يدعى الفـضل تحالفا وسقط، وإن كـان كل واحد منهما يقر بالفضل سقط لتكذيب المقر له به، وفى الولد وجهان: **أحدهما**: يكون حرّا فيكون كل واحد منهما يدعى على الآخـر نصف قيمة الولد، **والوجه الـثانى**: نصفه حر، فـيقر بأن نصف الولد مملوك لشريكه فيكون الولد بينهما من غير يمين، وعلى الوجه الأول يتقاصان إن استوت قيـمة الولدين ولا يمين فى الموضعـين، وأيهما مات عتق نصيـبه وولاؤه له وإن كان

مهرها ويدّعى عليه جميع المهر وقيمة الولد، والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد فيسقط إقرار الموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية لكونه لا يدعيه ولا يصدقه فيه ويتقاصان بالمهر لاستوائهما فيه ويدفع المعسر إلى الموسر نصف قيمة الولد لإقراره به ويحلف على ما يدّعيه عليه من الزيادة، لأنه ادّعى عليه جميع قيمة الولد فأقر له بنصفها ويحلف له الموسر على نصف قيمة الولد الذى ادّعاه المعسر عليه.

فأما الجارية فإن نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه وباقيها يتنازعانه، فإن مات الموسر أولاً عتق نصيبه وولاؤه لورثته، فإذا مات المعسر عتق باقيها، وإن مات المعسر أولاً لم يعتق منها شيء، فإذا مات الموسر عتق جميعها ويجيء على قول أبى بكر أن يقرع بينهما فى النصف المختلف فيه.

فصل: فإن وطئاها معًا فأتت بولد لم يخل من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما مثل أن تأتى به بعد استبرائها منهما أو بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما أو قبل مضى ستة أشهر منذ وطئها كل واحد منهما، فإن الولد منفى عنهما وهو مملوك لهما حكمه حكم أمه فى العتق بأدائها، وإذا ادّعى كل واحد منهما الاستبراء قبل منه لأن دعوى الاستبراء فى الأمة كاللعان فى الحرة.

القسم الثانى: أن يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ولدت

أحدهما موسرًا والآخر معسرًا فالموسر يقر للمعسر بنصف قيمة الأمة ونصف مهر مثلها ويدعى عليه جميع المهر وقيمة الولد والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد فيسقط إقرار الموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية لكونه لا يدعيه ولا يصدقه فيه ويتقاصان بالمهر لاستوائهما فيه ويدفع المعسر إلى الموسر نصف قيمة الولد لإقراره به ويحلف على ما يدعيه من الزيادة، لأنه ادعى عليه جميع قيمة الولد فأقر له بنصفها ويحلف له الموسر على نصف قيمة الولد الذى ادعاه المعسر عليه، وأما الجارية فإن نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه وباقيه يتنازعانه، فإنه مات الموسر أولاً عتق نصيبه وولاؤه لورثته، فإذا مات المعسر عتق باقيها، وإن مات المعسر أولاً لم يعتق منها شيء، فإذا مات الموسر عتق جميعها ويجيء على قول أبى بكر أن يقرع بينهما فى النصف المختلف فيه.

فصل: فإن وطئاها فأتت بولد لم تخل من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما مثل أن تأتى به بعد استبرائها منهما أو بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما فيكون منفيًا عنهما مملوكًا لهما حكمه حكم أمه فى العتق بأدائها، وتقبل دعوى الاستبراء من كل واحد منهما، لأن دعوى الاستبراء فى الأمة كاللعان فى الحرة.

القسم الثانى: أن يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه والحكم فيه حكم ما إذا ولدت من

من أحدهما بعينه من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف فى ذلك، وأما الذى لم تحبل من وطئه، فإن كان الأول فعليه المهر لها وإن كان هو الثانى فقد وطئ أم ولد غيره، فإن كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضًا، وإن كانت الكتابة قد فسخت فالمهر للذى استولدها، وقد وجب للثانى على الأول نصف قيمتها، وفى قيمة الولد روايتان: فإن كان المهر للأول تقاصا بقدر أقل الحقين، وإن كان المهر لها رجع بحقه على الذى أحبلها، وأما القاضى فقال فى هذا القسم: الحكم فى الأول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء على ما مضى من التفصيل والتطويل.

وأما الثانى: فإن وطئها بعد ولادتها من الأول نظرنا، فإن وطئها بعد الحكم بكونه أم ولد للأول فعليه مهر مثلها فإن كان فسخ الكتابة فى حق نفسه لعجزها فالمهر له، لأنها أم ولده، وإن كان لم يفسخ فالمهر بينه وبينها نصفين، وإن وطئها بعد زوال الكتابة فى حقه وقبل الحكم بأنها أم ولد للأول سقط عنه نصف مهرها، لأن نصفها قن له وعليه النصف لها إن لم يكن الأول فسخ الكتابة أو له إن كان فسخ، وإن كان الأول معسرًا فنصيبه منها أم ولد له، ولها عليها المهران والحكم فيما إذا عجزت أو أدت قد تقدم، فأما إن كان الولد من الثانى فالحكم فى وطء الأول كالحكم فيه إذا وطىء منفردًا فلم يحبلها.

وأما الثانى: فإن كان موسرًا قوم عليه نصيب شريكه عند العجز، فإن فسخا الكتابة

أحدهما بعينه من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف فى ذلك، فأما الذى لم تحبل من وطئه فإن كان الأول فعليه المهر لها، وإن كان الثانى فقد وطء أم ولد غيره، فإن كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضًا، وإن كانت قد فسخت فالمهر للذى استولدها، وقد وجب للثانى على الأول نصف قيمتها، وفى قيمة نصف الولد روايتان، فإن كان المهر للأول تقاصا بقدر أقل الحقين، وإن كان المهر لها رجع بحقه على الذى أحبلها، وأما القاضى فقال فى هذا القسم: الحكم فى الأول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء على ما مضى من التفصيل.

وأما الثانى فإن وطئها بعد ولادتها من الأول نظرنا، فإن وطئها بعد الحكم بكونها أم ولد للأول فعليه مهر مثلها، فإن كان فسخ الكتابة فى حق نفسه لعجزها فالمهر له، لأنها أم ولده، وإن كان لم يفسخ فالمهر بينه وبينها نصفين وإن وطئها بعد زوال الكتابة فى حقه وقبل الحكم بأنها أم ولد للأول سقط عنه نصف مهر، لأن نصفها قن له وعليه النصف لها إن لم يكن الأول فسخ الكتابة، أو له إن فسخ، وإن كان الأول معسرًا فنصيبه منها أم ولد له ولها عليهما المهران والحكم فيما إذا عجزت أو أدت قد تقدم، فأما إن كان الولد من الثانى فالحكم فى وطء الأول كالحكم فيه إذا وطئ منفردًا ولم يحبلها.

وأما الثانى فإن كان موسرًا قوم عليه نصيب شريكه عند العجز، فإن فسخا الكتابة قومناها عليه وصارت أم ولد له، وإن رضى الثانى بالمقام على الكتابة قومنا عليه نصيب الأول

قومناها عليه وصارت أم ولد له، وإن أوصى الثانى بالمقام على الكتابة قومنا عليه نصيب الأول وصارت كلها أم ولد ونصفها مكاتب، ويرجع الأول على الثانى بنصف المهر ونصف قيمة الولد على إحدى الروايتين، ويرجع الثانى على الأول بنصف المهر فيتقاصان به إن كان باقيًا عليهما، وإن كان الثانى معسرًا فالحكم فيه كما لو ولدت من الأول وكان معسرًا لا فضل بين المسألتين.

القسم الثالث: أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما فإنه يرى القافة معهما فيلحق بمن ألحقوه به منهما فمن ألحق به فحكمه حكم ما لو عرف أنه منه بغير قافة.

١٩٩١- مسألة: قال: **(وإذا كاتب نصف عبد فأدى ما كوتب عليه ومثله لسيده صار حرًا بالكتابة إن كان الذى كاتبه معسرًا وإن كان موسرًا عتق عليه كله وصار نصف قيمته على الذى كاتبه لشريكه)**.

وجملته: أن الرجل إذا كان له نصف عبد كانت له مكاتبته وتصح منه سواء كان باقيه حرًا أو مملوكًا لغيره وسواء أذن فيه الشريك أو لم يأذن، هذا ظاهر كلام الخرقى وأبى بكر وقول الحكم وابن أبى ليلى، وحكى ذلك عن الحسن البصرى والحسن بن صالح ومالك والعنبرى وكره الثورى وحماد كتابته بغير إذن شريكه.

وقال الثورى: إن فعل رددته إلا أن يكون نقده فيضمن لشريكه نصف ما فى يده، وقال

وصارت كلها أم ولد له ونصفها مكاتب ويرجع الأول على الثانى بنصف المهر ونصف قيمة الولد على إحدى الروايتين ويرجع الثانى على الأول بنصف المهر فيتقاصان به إن كان باقيًا عليهما وإن كان الثانى معسرًا فالحكم فيه كما لو ولدت من الأول وكان معسرًا لا فضل بين المسألتين.

القسم الثالث: أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما فيرى القافة معهما فيلحق بمن ألحقوه به منهما فمن ألحق به فحكمه حكم ما لو عرف أنه منه بغير قافة.

40- مسألة: **(ويجوز بيع المكاتب ومشتريه يقوم مقام المكاتب)**.

وممن قال يجوز بيع المكاتب: عطاء والنخعى والليث وابن المنذر وهو قديم قولى الشافعى، قال: ولا وجه لقول من قال لا يجوز، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه لا يجوز بيعه، وهو قول مالك وأصحاب الرأى والجديد من قولى الشافعى، لأنه عقد يمنع استحقاق كسبه فمنع بيعه كبيعه لأجنبى وعتقه، وقال الزهرى وأبو الزناد: يجوز بيعه برضاه ولا يجوز بغيره، وحكى ذلك عن أبى يوسف، لأن بريرة إنما بيعت برضاها وطلبها، ولأن لسيده استيفاء منافعه برضاه ولا يجوز بغير رضاه كذلك بيعه.

ولنا: ما روى عروة عن عائشة أنها قالت: جاءت بريرة إلىَّ فقالت: يا عائشة إنى كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية فأعينينى، ولم تكن قضت من كتابتها شيئًا، فقالت لها

أبو حنيفة: تصح بإذن الشريك ولا تصح بغير إذنه وهذا أحد قولى الشافعى إلا أن أبا حنيفة قال: إذنه فيما مضى فى ذلك يقتضى الإذن فى تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الآذن بشىء منه، وقال أبو يوسف ومحمد، يكون جميعه مكاتبًا، وقال الشافعى فى أحد قوليه: إن كان باقيه حرّا صحت كتابته، وإن كان باقيه ملكًا لم تصح كتابته سواء أذن فيه الشريك أم لم يأذن، لأن كتابته تقتضى إطلاقه فى رد الكسب والمسافرة وملك نصفه يمنع ذلك، ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لئلا يصير كسبًا له ويستحق سيده نصفه، ولأنه إذا أدى عتق جميعه فيؤدى إلى أن يؤدى نصف كتابته ويعتق جميعه.

ولنا: أنه عقد معاوضة على نصفه فصح كبيعه، ولأنه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه، ولأنه ينفذ إعتاقه فصحت كتابته كالعبد الكامل وكما لو كان باقيه حرّا عند الشافعى أو أذن فيه الشريك عند الباقين.

وقولهم إنه يقتضى المسافرة والكسب وأخذ الصدقة قلنا أما المسافرة فليست من المقتضيات الأصلية فوجود مانع منها لا يمنع أصل العقد وأما الكسب وأخذ الصدقة فإنه لا يمنع كسبه، وأخذه الصدقة يجزئه بالمكاتبة ولا يستحق الشريك شيئًا منه، لأنه إنما استحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق للشريك فيه فكذلك فيما حصل به كما لو ورث شيئًا يجزئه الحر، وأما الكسب فإن هايأه مالك نصفه فكسب فى نوبته شيئًا لم يشاركه فيه أيضًا، وإن لم

عائشة ونقست فيها: ارجعى إلى أهلك إن أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعًا فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا: إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا، فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ فقال: «لا يمنعك ذلك منها ابتاعى وأعتقى إنما الولاء لمن أعتق» فقام رسول الله ﷺ فى الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «أما بعد فما بال ناس يشترطون شروطًا ليست فى كتاب الله، من اشترط شرطًا ليس فى كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرطه أوثق وإنما الولاء لمن أعتق» متفق عليه، قال ابن المنذر: بيعت بريرة بعلم النبى ﷺ وهى مكاتبة لم ينكر ذلك، ففى ذلك أبين البيان أن بيعه جائز، ولا أعلم خبرًا يعارضه ولا أعلم فى شىء من الأخبار دليلاً على عجزها، وتأوله الشافعى على أنها كانت قد عجزت وكان بيعها فسخًا لكتابتها، وهذا التأويل بعيد يحتاج إلى دليل فى غاية القوة وليس فى الخبر ما يدل عليه بل قولها أعينينى على كتابتى دليل على بقائها على الكتابة، ولأنها أخبرتها أن نجومها فى كل عام أوقية فالعجز إنما يكون بمضى عامين عند من لا يرى العجز إلا بحلول نجمين، أو بمضى عام عند الآخرين، والظاهر أن شراء عائشة لها كان فى أول كتابتها ولا يصح قياسه على أم الولد، لأن سبب حريتها مستقر على وجه لا يمكن فسخه بحال فأشبه الوقف، والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته إذا عجز فافترقا، قال ابن أبى موسى: هل للسيد أن يبيع المكاتب بأكثر مما كان عليه؟ على

يهايئه فكسب بجملته شيئًا كان بينهما له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقى، لأنه كسبه يجزئه المملوك فيه فأشبه ما لو كسب قبل كتابته فيقسم بين سيديه.

وقولهم إنه يفضى إلى أن يؤدى بعض الكتابة فيعتق جميعه، قلنا يبطل هذا بما لو علق عتق نصيبه على أداء مال فإنه يؤدى عوض البعض ويعتق الجميع، على أننا نقول لا يعتق حتى يؤدى جميع الكتابة، فإن جميع الكتابة هو الذى كاتبه عليه مالك نصفه ولم يبق منها شىء فلا يعتق حتى يؤدى جميعها، ولأنه لا يعتق الجميع بالأداء وإنما يعتق الجزء المكاتب لا غير وباقيه، إن كان المكاتب معسرًا لم يعتق وإن كان موسرًا عتق بالسراية لا بالكتابة ولا يمنع هذا كما لو أعتق بعضه عتق جميعه فإذا جاز جميعه بإعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجرى مجرى العتق.

إذا ثبت هذا فإنه إذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتعد الجزء الذى كاتبه، لأن الكتابة عقد معاوضة فلم يسر كالبيع وليس للعبد أن يؤدى إلى مكاتبه شيئًا حتى يؤدى إلى شريكه مثله سواء أذن الشريك فى كتابته أو لم يأذن، لأنه إنما أذن فى كتابة نصيبه وذلك يقتضى أن يكون نصيبه باقيًا له ولا يقتضى أن يكون معروفًا فى الكتابة، هذا إذا كان الكسب بجميعه فإن أدى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق، لأن الكتابة صحيحة تقتضى العتق ببراءته من العوض وذلك

روايتين، ولأن المكاتب عبد مملوك لسيده لم يتحتم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصفة، والدليل على أنه مملوك قول النبى ﷺ: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم» ولأن مولاته لا يلزمها أن تحتجب منه إذا لم يملك ما يؤدى لقول النبى ﷺ: «إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدى فلتحتجب منه» يدل بمفهومه على أنها لا تحتجب منه قبل ذلك، وإنما سقط الحجب عنه لكونه مملوكها، ولأنه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك، ولأنه يرجع عند العجز إلى كونه قنًّا ولو صار حرًّا ما عاد إلى الرق ويفارق إعتاقه، لأنه يزيل الرق بالكلية وليس بعقد إنما هو إسقاط للملك فيه، وأما بيعه فلا يمنع المشترى بيعه، وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسألتنا.

فصل: وتجوز هبته والوصية به، وقد روى عن أحمد أنه منع هبته، لأن الشرع إنما ورد ببيعه والصحيح جوازها، لأن ما كان فى معنى المنصوص عليه يثبت الحكم فيه.

فصل: ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب.

وجملة ذلك أن الكتابة لا تنفسخ بالبيع ولا يجوز إبطالها لأن فى هذا خلافًا، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن بيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه إذا كان ماضيًا فيها مؤديًا ما يجب عليه من نجومه فى أوقاتها غير جائز، وذلك لأنها عقد لازم فلا يبطل بالبيع كالإجارة والنكاح ويبقى على كتابته عند المشترى وعلى نجومه كما كان عند البائع مبقى على ما بقى من كتابته يؤدى إلى المشترى ما كان يؤدى إلى البائع.

لا يحصل بدفع ما ليس له وإن أدى إليهما جميعًا عتق كله، لأن نصفه يعتق بالأداء، فإذا عتق سرى إلى سائره وإن كان الذى كاتبه موسرًا، لأن عتقه بسبب من جهته فلزمه قيمته كما لو باشره بالعتق أو كما لو علق عتق نصيبه على صفة فعتق بها ويرجع الشريك على المكاتب بنصف قيمته كما لو باشره بالعتق، فأما إن ملك العبد شيئًا يجزئه المكاتب مثل أن هايأه سيده فكسب شيئًا فى نوبته أو أعطى من الصدقة من سهم الرقاب أو من غيره فلا حق لسيده فيه، وله أداء جميعه فى كتابته لأنه إنما استحق ذلك بما فيه من الكتابة فأشبه النصف الباقى بعد إعطاء الشريك حقه فلو كان ثلثه حرًا وثلثه مكاتبًا وثلثه رقيقًا فورث بجزئه الحر ميراثًا وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله فى كتابته، لأنه ما استحق بجزئه الرقيق شيئًا منه لا يستحق مالكه منه شيئًا، وإذا أدى جميع كتابته عتق فإذا كان الذى كاتبه معسرًا لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه كما إذا واجهه بالعتق إلا على الرواية التى نقول فيها بالاستسعاء فإنه يستسعى فى نصيب الذى لم يكاتب، وإن كان موسرًا سرى إلى باقيه.

فصل: وإذا كان العبد كله ملكًا لرجل فكاتب بعضه جاز، قاله أبو بكر، لأنها معاوضة فصحت فى بعضه كالبيع فإذا أدى جميع كتابته عتق كله، لأنه إذا سرى العتق فيه إلى، ملك غيره فإلى ملكه أولى ويجب أن يؤدى إلى سيده مثلى كتابته، لأن نصف ما يكسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق ونصفه يؤدى فى الكتابة إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع فى الكتابة فيصح وإذا استوفى المال كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية.

41- مسألة: (فإن أدى عتق وولاؤه له، وإن عجز عاد قنًا له، وإن لم يعلم أنه مكاتب فله الرد والأرش).

إذا أدى إلى المشترى عتق، لأن حق المكاتب فيه انتقل إلى المشترى فصار المشترى هو المعتق وولاؤه له لقول رسول الله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» وقد دل عليه حديث بريرة، لأنه جعل ولاءها لعائشة حين اشترتها وأعتقتها، وإن عجز عاد قنًا له، لأنه صار سيده فقام مقام المكاتب، وإن لم يعلم أنه مكاتب ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الأرش، لأن الكتابة عيب لكون المشترى لا يقدر على التصرف فيه، ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطء إن كانت أمة فملك الفسخ كشراء الأمة المزوجة فيخير حينئذ بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين الإمساك مع الأرش على ما ذكرنا فى البيع.

فصل: فأما بيع الدين الذى على المكاتب من نجومه فلا يصح وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور، وقال عطاء وعمرو بن دينار ومالك: يصح، لأن السيد يملكها فى ذمة المكاتب فجاز بيعها كسائر أمواله.

ولنا: أنه دين غير مستقر فلم يجز بيعه كدين السلم ودليل عدم الاستقرار أنه معرض للسقوط بعجز المكاتب، ولأنه لا يملك السيد إجبار العبد على أدائه ولا إلزامه بتحصيله فلم

فصل: وإذا كان العبد لرجلين فكاتباه معًا جاز سواء تساويا فى العوض أو اختلفا فيه وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلف وسواء كان فى عقد واحد أو عقدين، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: لا يجوز أن يتفاضلا فى المال مع التساوى فى الملك، ولأن التساوى فى المال منع التفاضل فى الملك لأن ذلك يؤدى إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر، لأنه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قدر ملكه ثم عجز رجع عليه الآخر بذلك.

ولنا: أن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز أن يختلفا فى العوض كالبيع وما ذكروه لا يلزم، لأن انتفاع أحدهما بمال الآخر إنما يكون عند العجز، وليس ذلك من مقتضيات العقد، وإنما يكون عند زواله فلا يضر، ولأنه إنما يؤدى إليهما على التساوى وإذا عز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين فلم يكن أحدهما منتفعًا إلا بما يقابل ملكه وعاد الأمر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق كأنه لم يزل، **فإن قيل:** فالتساوى فى الملك يقتضى التساوى فى أدائه إليهما ويلزمه منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر فيعتق نصيبه ويسرى إلى نصيب صاحبه ويرجع عليه الآخر بنصف قيمته، **قلنا:** ويمكن أداء كتابته إليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ويمكن أن يكاتب أحدهما على مائة فى نجمين فى كل نجم خمسون ويكاتب الآخر على مائتين فى نجمين فى النجم الأول خمسون، وفى الثانى مائة وخمسون،

يجز بيعه كالعدة بالتبرع، ولأنه غير مقبوض، وقد نهى النبى ﷺ عن بيع ما لم يقبض فإن باعه فالبيع باطل، وليس للمشترى مطالبة المكاتب بتسليمه إليه، وله الرجوع بالثمن على البائع إن كان دفعه إليه، وإن سلم المكاتب إلى المشترى نجومه ففيه وجهان: **أحدهما:** يعتق، لأن البيع يضمن الإذن فى القبض فأشبه قبض الوكيل، **والثانى:** لا يعتق، لأنه لم يستنبه فى القبض وإنما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد فكان القبض فاسدًا فلم يعتق بخلاف وكيله فإنه استنابه، ولو صرح بالإذن لم يكن مستنيبًا له فى القبض، وإنما إذنه فى القبض بحكم المعاوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه، فإن قلنا: يعتق بالأداء برئ المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشترى بما قبضه، لأنه كالتائب عنه فإن كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصا بقدر أقلهما ورجع ذو الفضل بفضله، وإن قلنا: لا يعتق بذلك فمال الكتابة باق فى ذمة المكاتب ويرجع المكاتب على المشترى بما دفعه إليه ويرجع المشترى على البائع، فإن سلمه المشترى إلى البائع لم يصح تسليمه، لأنه قبضه بغير إذن المكاتب فأشبه ما لو أخذه من ماله بغير إذنه وإن كان من غير جنس مال الكتابة تراجعا بما لكل واحد منهما على الآخر، وإن باعه ما أخذه بماله فى ذمته، وكان مما يجوز البيع فيه جاز إذا كان ما قبضه السيد باقيًا وإن كان قد تلف ووجبت قيمته وكان من جنس مال الكتابة تقاصا وإن كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتحاسبا به جاز.

ويكون وقتهما واحدًا فيؤدى إلى كل واحد منهما حقه، على أن أصحابنا قالوا: لا يسرى العتق إلى نصيب الآخر ما دام مكاتبًا، فعلى هذا القول لا يفضى إلى ما ذكروه على أنه وإن قدر إفضاؤه إليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة فإنه لا يخل بمقصود الكتابة وهو العتق بها، ويمكن وجود سراية العتق من غير ضرر بأن يكاتبه على مثلى قيمته، فإذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم له باقى المال وحصل له ولاء العبد، ولا ضرر فى هذا، ثم لو كان فيه ضرر لكن قد رضى به حين كتابته على أقل مما كاتبه به شريكه، والضرر المرضى به من جهة المضرور لا عبرة فيه كما لو باشره بالعتق أو أبرأه من مال الكتابة فإنه يعتق عليه ويسرى عتقه ويغرم لشريكه وهو جائز فهذا أولى بالجواز، ولا يجوز أن يختلفا فى التنجيم ولا فى أن يكون لأحدهما فى النجوم قبل النجم الأخير أكثر من الآخر **فى أحد الوجهين**، لأنه لا يجوز أن يؤدى إليهما إلا على السواء، ولا يجوز تقديم أحدهما بالأداء على الآخر واختلافهما فى ميقات النجوم، وقدر المؤدى فيهما يفضى إلى ذلك. **والثانى**: يجوز لأنه يمكن أن يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ويعطى من قل نجمه أكثر من الواجب له ويمكن أن يأذن له أحدهما فى الدفع إلى الآخر قبله أو أكثر منه ويمكن أن ينتظره من حل نجمه أو يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه، وإذا أمكن إفضاء العقد إلى مقصوده فلا نبطله باحتمال عدم الإفضاء إليه.

فصل: وإذا كان للمكاتب ولد تبعه فى الكتابة فباعهما صح، لأنهما ملكه ولا مانع من بيعهما ويكونان عند المشترى كما كانا عند البائع سواء، وإن باع أحدهما دون صاحبه أو باع أحدهما الرجل، وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين: **أحدهما**: أنه لا يجوز التفريق بين الوالد وولده فى البيع إلا بعد البلوغ على إحدى الروايتين، **والثانى**: أن الولد تابع لوالده وله كسبه وعليه نفقته فصار فى معنى مملوكه فلم يجز التفريق بينهما، وعلى الرواية الأخرى يحتمل أن يجوز بيعه بعد البلوغ، لأنه محل للبيع صدر فيه التصرف من أهله ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه لوالده كسبه وعليه نفقته وأرش جنايته ويعتق بعتقه كما لو بيع مع والده.

فصل: وتصح الوصية لمكاتبه، لأنه مع سيده فى المعاملة كالأجنبى، ولذلك جاز دفع زكاته إليه، فإن قال: ضعوا عن مكاتبى بعض كتابته أو بعض ما عليه وضعوا ما شاءوا قليلاً كان أو كثيرًا، وقد ذكرنا نحوه فى الوصايا.

42- مسألة: (وإن اشترى كل واحد من المكاتبين الآخرين صح شراء الأول وبطل شراء الثانى وسواء كانا لواحد أو لاثنين).

لا خلاف فى أن المكاتب يصح شراؤه للعبيد، والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا فى الصحيح من المذهب، فإذا اشترى أحدهما الآخر صح شراؤه وملكه، لأن التصرف صدر من

فـصـل: وليس للمكاتب أن يؤدى إلى أحدهمـا أكثر من الآخر ولا يقـدم أحدهما على الآخـر ، ذكره القاضى، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى، ولا أعلم فيه خلافًا، لأنهما سواء فيه فيستويان فى كسبه، وحقهما متعلق بما فيه يده تعلقًا واحدًا فلم يكن له أن يخص أحدهما بشىء منه دون الآخر، ولأنه ربما عـجز فيعود إلى الرق ويتـساويان فى كسبه فيـرجع أحدهما على الآخر بما فى يده من الفـضل بعد انتفاعه به مـدة فإن قبض أحدهما دون الآخر شـيئًا لم يصح القبض وللآخر أن يأخذ من حصته إذا لم يكن أذن فى القبض، وإن أذن فيه ففيه وجهان ذكرهما أبو بكر: **أحدهما**: يصح، لأن المنع لحقه فجاز بإذنه كما لو أذن المرتهن للراهن فى التصـرف فيـه أو أذن البائع للمـشترى فى قـبض البيع قـبل توفيـة ثمنه، أو أذنا للمكاتب فى التبـرع، ولأنهمـا لو أذنا له فى الصدقـة بشىء صح قبض المـتصدق عـليه له كذلك هـهنا، **والثـانى**: لا يجوز، وهذا اختيار أبى بكر، ومذهب أبى حنيفـة وأحد قولى الشافعى واختيار المزنى، لأن مـا فى يد المكاتب ملك له فلا ينفذ إذن غـيره فيـه وإنما حق سيده فى ذمـته، الأول أصح إن شاء الله تعالى، لأن الحق لهم لا يخرج عنهم، فإذا اتفقوا على شىء فلا وجه للمنع، وقولهم: إنه ملك للمكاتب تعليق على العلة ضد ما تقتضيه، لأن كونه ملكًا له يقتضى جواز تصرفه فيه على حسب اختياره، وإنما المنع لتعلق حق سيده به فإذا أذن زال المانع فصح

أهله فى محله وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد أو لاثنيـن، فإن عاد الثانى فاشترى الذى اشتراه لم يصح، لأنه سيده ومالكه وليس للمملوك أن يملك مالكه، لأنه يفضى إلى تناقض الأحكام إذ كل واحد منهما يقول لصاحبـه أنا سيدك ولى عليك مال الكتابة تؤديه إلىَّ وإن عجزتَ فلى فسخ كتابتك وردك إلى أن تكون رقيـقًا، وهذا تناقض، وإذا تناقض بملك المرأة زوجها ملك اليمين لثبوت ملكه عليها فى النكاح فـههنا أولى، ولأنه لو صح هذا لتقاصا الدينين إذا تساويا وعتقا جميعًا.

إذا ثبت هذا فشـراء الأول صحيح والمـبيع منهما باق عـلى كتابته فـإذا أدى عتق وولاؤه موقوف فإن أدى سيده كتابته كان الولاء له، لأنه عتق بأدائه إليه، وإن عجز فولاؤه لسيده، لأن العبد لا يثبت له، ولأن السيد يأخذ ماله فكذلك حقوقه، هذا مقتضى قول القاضى، ومقتضى قول أبى بكر أن الولاء لسيده، لأن المكاتب عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده ذكر ذلك فيما إذا أعتق بإذن سـيده أو كاتب عبده فـأدى كتابته وهذا نظيـره، ويحتمل أن يفرق بينهـما لكون العتق تم بإذن السيد فيحصل الإنعام عنه بإذنه فيه وههنا لا يفتقر إلى إذنه فلا نعمة له عليه فلا يكون له عليه ولاء ما لم يعجز سيده.

43- مسألة: (فإن لم يعلم السابق منهما فسد البيعان).

وهذا قول أبى بكر، ويرد كل واحد منهـما إلى كتابته، لأن كل واحد منهـما مشكوك فى صحة بيعه فيرد إلى اليقين، وذكـر القاضى أنه يجرى مجرى ما إذا زوج الوليان فأشكل الأول

التقبيض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع، ثم يبطل لما ذكرنا من المسائل، فعلى هذا الوجه إذا دفع أحدهما مال الكتابة بإذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب، لأنه استوفى حقه، ويسرى العتق إلى باقيه وعليه قيمة حصة شريكه، لأن عتقه بسببه، هذا قول الخرقى، ويضمنه فى الحال بنصف قيمته مكاتبًا مبقى على ما بقى عليه من كتابته وولاؤه كله له، وما فى يده من المال الذى لم يقبض بقدر ما قبضه صاحبه والباقى بين العبد وبين سيده الذى عتق عليه، لأن نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية فحصة ما عتق بالكتابة للعبد وحصة ما عتق بالسراية لسيده وعلى ما اخترناه يكون الباقى كله للعبد، لأن الكسب كان ملكًا له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالأداء، وقال أبو بكر والقاضى: لا يسرى العتق فى الحال وإنما يسرى عند عجزه، فعلى قولهما يكون باقيًا على الكتابة، فإن أدى إلى الآخر عتق عليهما وولاؤه لهما، وما بقى فى يده من كسبه فهو له، وإن عجز وفسخت كتابته قوم على الذى أدى إليه وكان ولاء جميعه له وتنفسخ الكتابة فى نصفه، وإن مات فقد مات ونصفه حر ونصفه رقيق ولسيده الذى لم يعتق نصيبه أن يأخذ مما خلفه مثل ما أخذه شريكه من مال الكتابة وله نصف ما تبقى، والباقى لورثة العبد، فإن لم يكن له وارث من نسبه فهو للذى أدى إليه بالولاء، وإن قلنا: لا يصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه، ولا تعتق حصته من المكاتب، لأنه

منهما فيقتضى هذا أن يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان، وعلى قول أبى بكر لا يحتاج إلى الفسخ، لأن النكاح إنما احتيج فيه إلى الفسخ من أجل المرأة فإنها منكوحه نكاحًا صحيحًا لواحد منهما يقينًا فلا يزول إلا بفسخ، وفى مسألتنا لم يثبت يقين البيع فى واحد بعينه فلم يفتقر إلى فسخ.

44- مسألة: (وإن أسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فأحب سيده أخذه بما اشتراه وإلا فهو عند مشتريه مبقى على ما بقى من كتابته يعتق بالأداء وولاؤه له).

إذا أسر الكفار مكاتبًا ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فإن أخذ فى الغنائم فعلم بحاله أو أدركه سيده قبل قسمه أخذه بغير شيء وهو على كتابته كمن لم يؤسر، وإن لم يدركه حتى قسم وصار فى سهم بعض الغانمين أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمة أو من المشركين وأخرجه إلى سيده فإن السيد أحق به بالثمن الذى ابتاعه به، وفيما إذا كان غنيمة رواية أخرى أنه إذا قسم فلا حق لسيده فيه بحال فيخرج فى المشترى مثل ذلك وعلى كل تقديره فإن سيده إن أخذه فهو مبقى على ما بقى من كتابته، وإن تركه فهو فى يد مشتريه مبقى على ما بقى من كتابته يعتق بالأداء فى الموضعين وولاؤه لمن يؤدى إليه كما لو اشتراه من سيده.

وقال أبو حنيفة والشافعى: لا يثبت عليه ملك للكفار ويرد إلى سيده بكل حال ووافق أبو حنيفة والشافعى فى المكاتب والمدبر خاصة، لأنهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك

لم يستوف عوضه، ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبضه بغير إذنه سواء، وإن لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب إليه كتابته صح وعتق عليهما جميعًا، وإن مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه فقد مات عبدًا ويستوفى الذى لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذه صاحبه والباقى بينهما، قال أحمد فى رواية ابن منصور فى عبد بين رجلين كاتباه فأدى إلى أحدهما كتابته ثم مات وهو يسعى للآخر لمن ميراثه؟ قال أحمد: كلما كسب العبد فى كتابته فهو بينهما ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما أخذ وميراثه بينهما، قال ابن منصور: قال إسحاق بن راهويه كما قال.

فصل: وإن عجز مكاتبهما فله الفسخ والإمضاء فإن فسخا جميعًا أو أمضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه، وإن فسخ أحدهما وأمضى الآخر جاز وعاد نصفه رقيقًا قنًا ونصفه مكاتبًا، وقال القاضى: تنفسخ الكتابة فى جميعه وهو مذهب الشافعى لأن الكتابة لو بقيت فى نصفه لعاد ملك الذى فسخ الكتابة إليه ناقصًا.

ولنا: أنها كتابة فى ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الآخر كما لو انفرد بكتابته، ولأنهما عقدان مفردان فلم ينفسخ أحدهما بفسخ الآخر كالبيع، وما حصل من النقص لا يمنع، لأنه إنما حصل ضمنًا لتصرف الشريك فى نصيبه فلم يمنع كإعتاق الشريك، ولأن من أصلنا أنه

فيهما فأشبها أم الولد، وقد تقدم الكلام فى الدلالة على أن ما أدركه صاحبه مقسومًا لا يستحق صاحبه أخذه بغير شىء وكذلك ما اشتراه مسلم من دار الحرب، وفى أن المكاتب والمدبر يجوز بيعهما بما يغنى عن إعادته ههنا.

فصل: وهل يحتسب عليه بالمدة التى كان فيها عند الكفار؟ على وجهين:

أحدهما: لا يحتسب عليه بها، لأن الكتابة اقتضت تمكينه من التصرف والكسب فى هذه المدة فإذا لم يحصل ذلك لم يحتسب كما لو حبسه سيده، فعلى هذا يبنى على ما مضى من المدة قبل الأسر وتلغى مدة الأسر كأنها لم توجد.

والثانى: يحتسب عليه بها، لأنها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيده فاحتسب عليه بها كمرضه، ولأنه مدين مضت مدة من أجل دينه فى حبسه فاحتسب عليه كسائر الغرماء، وفارق ما إذا حبسه سيده بما ذكرناه، فعلى هذا إذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت مطالبته به، وإن حل ما يجوز تعجيزه بترك أدائه فلسيده تعجيزه ورده إلى الرق، وهل له ذلك بنفسه أو بحكم الحاكم؟ فيه وجهان: **أحدهما**: له ذلك، لأنه تعذر عليه الوصول إلى المال فى وقته أشبه ما لو كان حاضرًا والمال غائبًا يتعذر إحضاره وأداؤه فى مدة قريبة كان لسيده الفسخ والمال ههنا إما معدوم وإما غائب يتعذر أداؤه وفى كلا الحالتين يجوز الفسخ، **والثانى**: ليس له ذلك إلا بحكم الحاكم، لأنه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث هل له مال أم لا؟ وليس كذلك إذا كان حاضرًا فإنه يطالبه فإن أدى وإلا فقد عجز نفسه فإن فسخ الكتابة

تصح مكاتبة أحدهما نصيبه فإذا لم يمنع العقد فى ابتدائه فلأن يبطل فى دوامه أولى، ولأن ضرره حصل بعقده وفسخه فلا يزول بفسخ غيره، ولأن فى فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيده وليس دفع الضرر عن الشريك الذى فسخ بأولى من دفع الضرر عن الذى لم يفسخ بل دفع الضرر عن الذى لم يفسخ أولى لوجوه ثلاثة: **أحدها:** أن ضرر الذى فسخ حصل ضمنًا لبقاء عقد شريكه فى ملك نفسه وضرر شريكه يزول عقده وفسخ تصرفه فى ملكه، **والثانى:** أن ضرر الذى فسخ لم يعتبره الشرع فى موضع ولا أصل لما ذكروه من الحكم، ولا يعرف له نظير فيكون بمنزلة المصلحة المرسلة التى وقع الإجماع على إطراحها، وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر فى سائر عقوده من بيعه وهبته ورهنه وغير ذلك فيكون أولى، **الثالث:** أن ضرر الفسخ يتعدى إلى المكاتب فيكون ضرراً باثنين وضرر الفاسخ لا يتعداه، ثم لو قدر تساوى الضررين لوجب إبقاء الحكم على ما كان عليه، ولا يجوز إحداث الفسخ من غير دليل راجح.

١٩٩٢- مسألة: قال: **(وإذا عتق المكاتب استقبل بما فى يده من المال حولاً ثم زكاه إن كان نصابًا)**.

وجملته: أن المكاتب لا زكاة عليه بلا خلاف نعلمه فإذا عتق صار من أهل الزكاة حينئذ

بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خلص المكاتب وادعى أن له مالاً فى وقت الفسخ يفى بما عليه وأقام بذلك بينة بطل الفسخ، ويحتمل أن لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه أداؤه، لأنه إذا كان متعذر الأداء كان وجوده كعدمه.

فصل: (قال الشيخ ﷺ: وإن جنى على سيده أو أجنبى فعليه فداء نفسه مقدمًا على الكتابة، وقال أبو بكر: يتحاصان).

وجملة ذلك أن المكاتب إذا جنى جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ويؤدى من المال الذى فى يده، وبهذا قال الحسن والحكم وحماد والأوزاعى ومالك والحسن بن صالح والشافعى وأبو ثور، وقال عطاء والنخعى وعمرو بن دينار: جنايته على سيده، وقال عطاء: ويرجع سيده بها عليه، وقال الزهرى: إذا قتل رجلاً خطأ كانت كتابته وولاؤه لولى المقتول إلا أن يفديه سيده.

ولنا: قول النبى ﷺ: «لا يجنى جان إلا على نفسه» ولأنها جناية عبد فلم تجب فى ذمة سيده كالقن، إذا ثبت هذا فإنه يبدأ بأداء الجناية قبل الكتابة سواء حل عليه نجم أو لم يحل، نص عليه أحمد وهو المعمول به فى المذهب، وذكر أبو بكر قولاً آخر أن السيد يشارك ولى الجناية فيضرب بما حل من نجوم كتابته، لأنهما دينان فيتحاصان قياسًا على سائر الديون.

ولنا: أن أرش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به، ولذلك قدمت على

فيبتدئ حول الزكاة من يوم عتق فإذا تم الحول وجبت الزكاة إن كان نصابًا، وإن لم يكن نصابًا فلا شيء فيه ويصير هذا كالكافر إذا أسلم وفي يده مال زكوى يبلغ نصابًا فإنه يستقبل به حولاً من حين أسلم، لأنه صار حينئذ من أهل الزكاة وكذلك العبد إذا عتق وفي يده مال أبقاه له سيده.

١٩٩٣- **مسألة:** قال: (**وإذا لم يؤد نجمًا حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب وعاد عبدًا غير مكاتب**).

وجملته: أن الكتابة عقد لازم لا يملك السيد فسخها قبل عجز المكاتب بغير خلاف نعلمه وليس له مطالبة المكاتب قبل حلول النجم، لأنه إنما ثبت في العقد مؤجلاً وإذا حل النجم فللسيد مطالبته بما حل من نجومه، لأنه دين له حل فأشبه دينه على الأجنبي وله الصبر عليه وتأخيره به سواء كان قادرًا على الأداء أو عاجزًا عنه، لأنه حق له سمح بتأخيره أشبه دينه على الأجنبي، فإن اختار الصبر عليه لم يملك العبد الفسخ بغير خلاف نعلمه قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المكاتب إذا حل عليه نجم أو نجمان أو نجومه كلها فوقف السيد عن مطالبته وتركه بحال أن الكتابة لا تنفسخ ما داما ثابتين على العقد الأول، فإن أجله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك، لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل

حق المالك وحق المرتهن وغيرهما فوجب أن تقدم ههنا يحققه أن ملك الكتابة مقدم على ملك السيد في عبده فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الأولى، لأن الملك فيه قبل الكتابة كان مستقرًا ودين الكتابة غير مستقر، فإذا قدم على المستقر فعلى غيره أولى، إذا ثبت هذا فإنه يفدى نفسه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته، لأنه إن كان أرش الجناية أقل فلا يلزمه أكثر من موجب جنايته وهو أرشها، وإن كان أكثر لم يكن عليه أكثر من قيمته، لأنه لا يلزمه أكثر من بذل المحل الذي تعلق به الأرش فإن بدأ بدفع المال إلى ولى الجناية فوفى بأرش الجناية وإلا باع الحاكم منه بما يفي من أرشها وباقيه باق على كتابته، وإن اختار السيد الفسخ فله ذلك ويعود عبدًا قنًا مشتركًا بين السيد والمشترى وإن أبقاه السيد على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق إلى باقيه إن كان المكاتب موسرًا ويقوم عليه، وإن كان معسرًا عتق منه ما عتق وباقيه رقيق فإن لم يكن في يده مال ولم يف بالجناية إلا قيمته كلها بيع كله فيها وبطلت كتابته.

فصل: وإن بدأ بدفع المال إلى سيده وكان ولى الجناية سأل الحاكم فحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه وكان النظر فيه إلى الحاكم، فلا يصح دفعه إلى سيده ويرتجعه الحاكم ويسلمه إلى ولى الجناية، فإن وفى وإلا كان الحكم فيه على ما ذكرنا من قبل وإن لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه إلى السيد، لأنه يقضى حقًا عليه فجاز كما لو قضى بعض غرمائه قبل الحجر عليه فإن كان ما دفعه إليه جميع مال الكتابة عتق.

كالقرض، وإن حل عليه نجمان فعجز عنهما فاختار السيد فسخ كتابته ورده إلى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا تلزمه الاستتابة، فعل ذلك ابن عمر، وهو قول شريح والنخعي وأبي حنيفة والشافعي، وقال ابن أبي ليلى: لا يكون عجزه إلا عند قاض وحكى هذا عن مالك، وقال الحسن: إذا عجز استؤنى بعد العجز سنتين وقال الأوزاعي: شهرين ونحو ذلك.

ولنا: ما روى سعيد بإسناده عن ابن عمر أنه كاتب غلامًا له على ألف دينار فأدى إليه تسعمائة دينار وعجزه عن مائة دينار فرده إلى الرق(٥٧) بإسناده عن عطية العوفي عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين ألفًا فأدى عشرة آلاف ثم أتاه فقال: إنى قد طفت العراق والحجاز فردني في الرق فرده(٥٨).

وروى عنه أنه كاتب عبدًا له على ثلاثين ألفًا فقال له: أنا عاجز فقال له: امح كتابتك فقال: امح أنت(٥٩)، وروى سعيد بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ خطب فقال: «أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق»(٦٠) ولأنه عقد عجز عن عوضه فملك مستحقه فسخه كالسلم إذا تعذر المسلم فيه، ولأنه فسخ عقد مجمع عليه فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ المعتقة تحت العبد، **فإن قيل:** فلم

45- مسألة: (وعليه فداء نفسه ويكون الأرش في ذمته فيضمن ما عليه قبل العتق ويفديه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته).

لأنه لا يلزم أكثر مما كان واجبًا عليه بالجناية، فإن أعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك، لأنه أتلف محل الاستحقاق فأشبه ما لو قتله.

46- مسألة: (وإن عجز فلسيده تعجيزه ويفديه أيضًا بما ذكرناه، وقال أبو بكر: فيه رواية أخرى أنه يفديه بأرش الجناية بالغة ما بلغت).

لأنه لو سلمه احتمل أن يرغب فيه راغب بأكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة بإعتاقه.

فصل: فإن كانت الجناية على سيده فيما دون النفس فالسيد خصمه فيها، فإن كانت موجبة للقصاص فلسيده القصاص كما يجب على عبده القن، لأن القصاص يجب للزجر فيحتاج إليه العبد في حق سيده، وإن عفا على مال أو كانت موجبة للمال وجب له، لأن المكاتب مع سيده كالأجنبي يصح أن يبايعه ويثبت له في ذمته المال والحقوق كذلك الجناية،

---

(٥٧) تقدم في المسألة رقم (١٩٧٨) برقم (١٥).

(٥٨) إسناده ضعيف، عطية العوفي، قال عنه ابن حجر في «التقريب»: صدوق يخطئ كثيرًا، كان متشيعًا مدلسًا.

(٥٩) أخرجه البيهقي في «السنن» (١٠/ ٣٤١) وعبد الرزاق في «المصنف» (٨/ ٤٠٧/ ١٥٧٢٣).

(٦٠) تقدم برقم (٣٢) مسألة رقم (١٠٤٠).

كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد؟ قلنا: هى لازمة من جهة الطرفين ولا يملك العبد فسخها بحال وإنما له أن يعجز بنفسه ويمتنع من الكسب وإنما كان له ذلك لوجهين: **أحدهما**: أن الكتابة تتضمن إعتاقًا بصفة ومن علق عتق عبده بصفة لم يملك إبطالها ويلزم وقوع العتق بالصفة ولا يلزم العبد الإتيان بالصفة ولا يجبر عليها، **والثانى**: أن الكتابة لحظ العبد دون سيده وكان العقد لازمًا لمن ألزم نفسه حظ غيره وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئًا أو كفل له أو رهن عند رهنًا.

فصل: فأما إن حل نجم واحد فعجز عن أدائه، فظاهر كلام الخرقى أنه ليس للسيد الفسخ حتى يحل نجمان قبل أدائهما **وهى إحدى الروايتين** عن أحمد، قال القاضى: وهو ظاهر كلام أصحابنا وروى ذلك عن على ﷺ، وهو قول الحكم وابن أبى ليلى وأبى يوسف والحسن بن صالح، وقال ابن أبى موسى: وروى عن أحمد أنه لا يعود رقيقًا حتى يقول: قد عجزت وقيل عنه إذا أدى أكثر مال الكتابة لم يرد إلى الرق واتبع بما بقى.

والرواية الثانية: أنه إذا عجز عن نجم واحد فلسيده فسخ الكتابة، وهو قول الحارث العكلى وأبى حنيفة والشافعى، لأن السيد دخل على أن يسلم له مال الكتابة على الوجه الذى كاتبه عليه ويدفع إليه المال فى نجومه، فإذا لم يسلم له لم يلزمه عتقه ولما ذكرنا فى الفصل الذى قبل هذا، ولأنه عجز عن أداء النجم فى وقته فجاز فسخ كتابته كالنجم الأخير.

ويفدى نفسه بأقل الأمرين كالجناية على الأجنبى، وعنه يفديه بأرش الجناية كله، فإن وفى ما فى يده بما عليه فلسيده مطالبته به، وإن لم يف به فلسيده تعجيزه فإذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وأرش الجناية وعاد عبدًا قنًّا، ولا يثبت للسيد على عبده القن مال، وإن أعتقه سيده ولا مال فى يده سقط الأرش، لأنه متعلق برقبته وقد أتلفها، وإن كان فى يده مال لم يسقط، لأن الحق كان متعلقًا بالذمة وما فى يده من المال، فإذا تلفت الرقبة بقى الحق متعلقًا بالمال فاستوفى منه كما لو عتق بالأداء وهل يجب أقل الأمرين أو أرش الجناية كله؟ على وجهين، ويستحق السيد مطالبته بأرش الجناية قبل أداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل فى حق الأجنبى، وإن اختار تأخير الأرش والبداية بقبض مال الكتابة جاز ويعتق إذا قبض مال الكتابة كله، وقال أبو بكر: لا يعتق بالأداء قبل أرش الجناية لوجوب تقديمه على مال الكتابة.

ولنا: أن الحقين جميعًا للسيد فإذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما، ولأنه لو بدأ بأداء مال الكتابة فى حق الأجنبى عتق، ففى حق السيد أولى، ولأن أرش الجناية لا يلزم أداؤه قبل اندمال الجرح فيمكن تقديم وجوب الأداء عليه، إذا ثبت هذا فإنه إذا أدى عتق، ويلزمه أرش الجناية سواء كان فى يده مال أو لم يكن، لأن عتقه بسبب من جهته فلم يسقط ما عايه بخلاف ما إذا أعتقه سيده فإنه أتلف محل حقه بخلاف، هذا وهل يلزمه أقل الأمرين أو جميع الأرش؟ على وجهين، وإن كانت جنايته على

ولنا: ما روى عن على ﷺ أنه قال: لا يرد المكاتب فى الرق حتى يتوالى عليه نجمان(٦١)، ولأن ما بين النجمين محل لأداء الأول فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثانى.

فصل: وإذا حل النجم وماله حاضر عنده، طولب بأدائه ولم يجز الفسخ قبل الطلب كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب، فإن طلب منه فذكر أنه غائب عن المجلس فى ناحية من نواحى البلد أو قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة يمكن إحضاره قريبًا لم يجز فسخ الكتابة وأمهل بقدر ما يأتى به إذا طلب الإمهال، لأن هذا يسير لا ضرر فيه، وإن كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الإمهال ليبيعه بجنس مال الكتابة أمهل، وإن كان المال غائبًا أكثر من مسافة القصر لم يلزم الإمهال، وهذا قول الشافعى، وقال أبو حنيفة: إن كان له مال حاضر أو غائب يرجو قدومه استؤنى ليومين وثلاثة لا أزيده على ذلك، لأن الثلاثة آخر حد القلة والقرب لما بيناه فيما مضى، وما زاد عليها فى حد الكثرة وهذا كله قريب بعضه من بعض، فأما إذا كان قادرًا على الأداء واجدًا لما يؤديه فامتنع من أدائه، وقال: قد عجزت، فقال الشريف أبو جعفر، وجماعة من أصحابنا المتأخرين: يملك السيد فسخ الكتابة، وهو ظاهر كلام الخرقى لقوله: إذا حل نجم فلم يؤده حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب فعلق جواز الفسخ على عدم الأداء، وهذا مذهب الشافعى.

نفس سيده فلورثته القصاص فى العمد والعفو على مال، وفى الخطأ المال وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه، لأن الكتابة انتقلت إليهم والعبد لو عاد قنًا كان لهم، وإن جنى على موروث سيده فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجناية على سيده فيما دون النفس على ما مضى.

فصل: وإن جنى المكاتب جنايات تعلقت برد رقبته واستوى الأول والآخر فى الاستيفاء ولم يقدم الأول على الثانى إن كانت موجبة للمال، لأنها تعلقت بمحل واحد، وكذا إن كان بعضها فى حال كتابته وبعضها بعد تعجيزه فهى سواء، ويتعلق جميعها بالرقبة، فإن كان فيها ما يوجب القصاص فلولى الجناية استيفاؤه وتبطل حقوق الآخرين، فإن عفا إلى مال صار حكمه حكم الجناية الموجبة للمال، فإن أبرأه بعضهم استوفى الباقون لأن حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد، فإذا اجتمعوا تزاحموا فإذا أبرأه بعضهم سقط حقه وتزاحم الباقون كما لو انفردوا كما فى الوصايا وديون الميت، فإن أدى وعتق فالضمان عليه، وإن أعتقه سيده فعليه الضمان، وأيهما ضمن فالواجب عليه أقل الأمرين كما ذكرنا فى الجناية الواحدة، ولأنه لو عجزه الغرماء وعاد قنًا بيع وتحاصوا فى ثمنه كذلك ههنا، فأما إن عجزه سيده وعاد قنًا خير بين فدائه وتسليمه، فإن اختار فداءه فداه بأقل الأمرين كما لو أعتقه أو قتله، وفيه رواية

---

(٦١) ذكره ابن حزم فى كتابه «المحلى» (١٠/ ٢٩٢).

وقال أبو بكر بن جعفر: ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض، وهو قول أبى حنيفة ومالك والأوزاعى، وقد ذكرنا هذا فيما تقدم، فأما إن كان قادراً على أداء المال كله ففيه رواية أخرى أنه يصير حرّاً يملك ما يؤدى، وقد سبق ذكرها.

فصل: وإذا حل النجم والمكاتب غائب بغير إذن سيده فله الفسخ، وإن كان سافر بإذنه لم يكن له أن يفسخ، لأنه أذن فى السفر المانع من الأداء ولكن يرفع أمره إلى الحاكم ويثبت عنده حلول مال الكتابة ليكتب الحاكم إلى المكاتب فيعلم بما ثبت عنده، فإن كان عاجزاً عن أداء المال كتب بذلك إلى الحاكم الكاتب ليجعل للسيد فسخ الكتابة، وإن كان قادراً على الأداء طالبه بالخروج إلى البلد الذى فيه السيد ليؤدى مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك، فإن فعله فى أول حال الإمكان عند خروج القافلة إن كان لا يمكنه الخروج إلا معها لم يجز الفسخ، وإن أخره عن حال الإمكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ، فإن وكل السيد فى بلد المكاتب من يقبض منه مال الكتابة لزمه الدفع إليه، فإن امتنع من الدفع ثبت للسيد خيار الفسخ، وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدفع إليه جاز وله الفسخ إذا ثبتت وكالته ببينة بحيث يأمن المكاتب إنكار السيد وكالته، وإن لم يثبت ذلك لم يلزم المكاتب الدفع إليه، وكان له عذر يمنع جواز الفسخ، لأنه لا يأمن أن يسلم إليه فينكر

أخرى أنه يلزمه أرش الجناية كله لأنه لو سلمه احتمل أن يرغب فيه راغب بأكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باختياره إمساكه فكان عليه جميع الأرش، ويفارق ما إذا أعتقه أو قتله، لأن المحل تلف فتعذر تسليمه فلم يجب أكثر من قيمته، والمحل ههنا باق يمكن تسليمه وبيعه، وقد ذكرناه فإن أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيزه أو أعتقه ففيما تفدى به نفسه وجهان بناء على ما إذا عجزه سيده، والله أعلم.

47- مسألة: (وإن لزمته ديون تعلقت بذمته بيع بها بعد العتق).

إذا اجتمع على المكاتب ثمن مبيع أو عوض قرض أو غيرهما من الديون مع مال الكتابة وفى يده ما يفى بها فله أداؤها ويبدأ بأيها شاء كالحر، وإن لم يف بها ما فى يده وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح كالحر، وإن كان فيها مؤجل فعجله بغير إذن سيده لم يجز، لأن تعجيله تبرع فلم يجز بغير إذن سيده كالهبة، وإن كان بإذن سيده جاز كالهبة، وإن كان التعجيل للسيد فقبوله بمنزلة إذنه، وإن كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر إلى الحاكم، وإنما يحجر عليه بسؤالهم فإن حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح، لأن الحق لهم فلا يستوفى بغير إذنهم، وإن سأله سيده الحجر عليه لم يجبه إلى ذلك، لأن حقه غير مستقر فلا يحجر عليه من أجله، وإذا حجر عليه بسؤال الغرماء، فقال القاضى: عندى أنه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض القرض يسوى بينهما ويقدمهما على أرش الجناية ومال الكتابة، لأن أرش الجناية محله الرقبة، فإذا لم يحصل مما فى يده استوفى من رقبته.

السيد وكالته، ويرجع على المكاتب بالمال وسواء صدقه فى أنه وكيل أو كذبه، وإن كتب حاكم البلد الذى فيه السيد إلى حاكم البلد الذى فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك، لأن هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه، فإن الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرشيد فإن اختار القبض جرى مجرى الوكيل ومتى قبض منه المال عتق.

فصل: قال: **وإذا دفع العوض فى الكتابة فبان مستحقًا تبين أنه لم يعتق وكان هذا الدفع كعدمه**، لأنه لم يؤد الواجب عليه وقيل له إن أديت الآن وإلا فسخت كتابتك، وإن كان قد مات بعد الأداء فقد مات عبدًا، فإن بان معيبًا مثل أن كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيبًا بعد قبضها نظرت، فإن كان قد رضى بذلك وأمسكها استقر العتق، **فإن قيل:** كيف يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد؟ فإن ما يقابل العيب لم يقبضه فأشبه ما لو كاتبه على عشرة فأعطاه تسعة، **قلنا:** إمساكه المعيب راضيًا به رضا منه بإسقاط حقه فجرى مجرى إبرائه من بقية كتابته، وإن اختار إمساكه وأخذ أرش العيب أورده فله ذلك، قال أبو بكر: وقياس قول أحمد رحمه الله أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الأرش، لأن العتق إتلاف واستهلاك، فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع، ولأنه ليس المقصود منه المال فأشبه الخلع، وقال القاضى: يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع، لأن العتق إنما استقر باستقرار الأداء فيه وقد ارتفع الأداء فارتفع العتق وهذا مذهب الشافعى، لأن الكتابة عقد

وهذا مذهب الشافعى، وقد ذكرنا أن أصحابنا والشافعى اتفقوا على تقديم أرش الجناية على مال الكتابة فيما مضى، وإذا لم يحجر عليه ودفع إلى السيد مال الكتابة عتق وبقية الديون فى ذمته يتبع بها بعد العتق، لأنه صار حرًا فهو كالأحرار، ولأن المداين رضى بذمته حين أدائه فكان له ما رضى به كالحر.

فصل: وإذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية توجب القصاص فللمجنى عليه الخيار بين القصاص والمال، فإن اختار المال، أو كانت الجناية خطأ أو شبه عمد أو إتلاف مال تعلق أرشها برقبته وللمكاتب فداؤه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته، لأنه بمنزلة شرائه وليس له فداؤه بأكثر من قيمته كما لا يجوز له أن يشتريه بذلك إلا أن يأذن فيه سيده، فإن كان الأرش أقل من قيمته لم يكن له تسليمه، لأنه تبرع بالزائد، وإن زاد الأرش على قيمته فهل يلزمه تسليمه أو يفديه بأقل الأمرين؟ على روايتين.

فصل: فإن ملك المكاتب ابنه أو بعض ذوى رحمه المحرم أو ولد له ولد من أمته فجنى جناية تعلق أرشها برقبته فللمكاتب فداؤه بغير إذن سيده كما يفدى غيره من عبيده.

وقال القاضى فى «المجرد»: ليس له فداؤه بغير إذنه وهو مذهب الشافعى، لأنه إتلاف لماله فإن ذوى رحمه ليسوا بمال له ولا يتصرف فيهم فلم يجز له إخراج ماله فى مقابلتهم ولا شراؤهم كالتبرع، ويفارق العبد الأجنبى فإنه ينتفع به وله صرفه فى كتابته وكان له فداؤه

معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضى فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع، وإن اختار إمساكه وأخذ الأرش فله ذلك وتبين أن العتق لم يقع، ولأننا تبينا أن ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ذلك وظن وقوع العتق لا يوقعه إذا بان الأمر بخلافه كما لو بان العوض مستحقًا، وإن تلفت العين عند السيد أو حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب والحكم فى ارتفاع العتق على ما ذكرناه فيما مضى، ولو قال السيد لعبده إن أعطيتنى عبدًا فأنت حر فأعطاه عبدًا فبان حرًا أو مستحقًا لم يعتق بذلك، لأن معناه إن أعطيته ملكًا ولم يعطه إياه ملكًا ولم يملكه إياه.

فصل: وإذا دفع إليه مال الكتابة ظاهرًا فقال له السيد: أنت حر ثم بان العوض مستحقًا لم يعتق بذلك، لأن ظاهره الإخبار عما حصل له بالأداء ولو ادّعى المكاتب أن سيده قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه، لأن الظاهر معه وهو أخبر بما نوى.

١٩٩٤- مسألة: قال: **(وما قبض من نجوم كتابته استقبل بزكاته حولاً)**.

وجملته: أن ما يأخذه من نجوم كتابته كمال استفادته بكسب أو غيره فيملكه بأخذه ويستقبل به حولاً، لأنه لا يملك ما فى يد مكاتبه، ولهذا جرى الربا بينهما ولا زكاة عليهما فى الدين الذى على المكاتب، لأن ملكه عليه غير تام فوجب أن يستقبل بما يأخذه منه حولاً كما لو أخذه من أجنبى.

وشراؤه كسائر أمواله ولكن إن كان لهذا الجانى كسب فدى منه، وإن لم يكن له كسب بيع فى الجناية إن استغرقت قيمته وإن لم تستغرقها بيع بعضه فيها وما بقى للمكاتب.

ولنا: أنه عبد له حى فملك فداؤه كسائر عبيده ولا نسلم أنه لا يملك شراءه، وقولهم: لا يتصرف فيه، قلنا: إلا أن كسبه له، فإن عجز المكاتب صار رقيقًا معه لسيده، وإن أدى المكاتب لم يتضرر السيد بعتقهم وانتفع به المكاتب، وإذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب أن لا يمنع منه، وفارق التبرع فإنه يفوت المال على السيد، **فإن قيل:** فيه ضرر وهو منعه من أداء الكتابة فإنه إذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه فى الكتابة عجز عنها، **قلنا:** هذا الضرر لا يمنع المكاتب منه بدليل ما لو ترك الكسب مع إمكانه أو امتنع من الأداء مع قدرته عليه فإنه لا يمنع منه ولا يجبر على كسب ولا أداء فكذلك لا يمنع مما هو فى معناه ولا مما يفضى إليه، ولأن غاية الضرر فى هذا المنع من إتمام الكتابة وليس إتمامها واجبًا عليه، فأشبه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين: **أحدهما:** أن هذا فيه نفع للسيد لمصيرهم عبيدًا له، **والثانى:** أن فيه نفعًا للمكاتب بإعتاق ولده وذوى رحمه ونفعًا لهم بالإعتاق على تقدير الأداء، فإذا لم يمنع مما يساويه فى المضرة من غير نفع فلأن لا يمنع مما فيه نفع لازم لإحدى الجهتين أولى وولد المكاتبة يدخل فى كتابتها والحكم فى جنايته كالحكم فى ولد المكاتب سواء.

١٩٩٥- مسألة: قال: **(وإذا جنى المكاتب بدئ بجنايته قبل كتابته فإن عجز كان سيده مخيراً بين أن يفديه بقيمته إن كانت أقل من جنايته أو يسلمه)**.

وجملة ذلك: أن المكاتب إذا جنى جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ويؤدى من المال الذى فى يده، وبهذا قال الحسن والحكم وحماد والأوزاعى ومالك والحسن بن صالح والشافعى وأبو ثور، وقال عطاء والنخعى وعمرو بن دينار: جنايته على سيده قال عطاء ويرجع سيده بها عليه، وقال الزهرى: إذا قتل رجلاً خطأً كانت كتابته وولاؤه لولى المقتول إلا أن يفديه سيده.

ولنا: قول النبى ﷺ: «لا يجنى جان إلا على نفسه»(٦٢) ولأنها جناية عبد فلم تجب فى ذمة سيده كالقن، إذا ثبت هذا فإنه يبدأ بأداء الجناية قبل الكتابة سواء حل عليه نجم أو لم يحل، وهذا المنصوص عليه عن أحمد والمعمول به فى المذهب.

وذكر أبو بكر قولاً آخر: أن السيد يشارك ولى الجناية فيضرب بقدر ما حل من نجوم كتابته لأنهما دينان فيتحاصان كسائر الديون.

ولنا: أن أرش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به، ولذلك قدمت على حق المالك وحق المرتهن وغيرهما، فوجب أن يقدم هاهنا يحققه أن أرش جنايته مقدم على

فصل: وإن جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جناية موجبها المال لم يثبت لها حكم، لأنه لا يجب للسيد على عبده مال، وإن كان موجبها القصاص، فقال أبو بكر: ليس له القصاص، لأنه إتلاف لماله باختياره، وهذا الذى ذكره شيخنا فى الكتاب المشروح، وذكره أبو الخطاب فى رءوس المسائل، وقال القاضى: له القصاص، لأنه من مصلحة ملكه فإنه لو لم يقتص أفضى إلى إقدام بعضهم على بعض وليس له العفو على مال لما ذكرنا، ولا يجوز بيعه فى أرش الجناية، لأن الأرش لا يثبت له فى رقبة عبده، فإن كان الجانى من عبيده ابنه لم يجز بيعه لذلك، وقال أصحاب الشافعى: يجوز بيعه فى أحد الوجهين، لأنه لا يملك بيعه قبل جنايته فيستفيد بالجناية ملك بيعه.

ولنا: أنه عبده فلم يجب عليه أرش كالأجنبى، وما ذكروه ينتقض بالرهن إذا جنى على راهنه.

فصل: فإن جنى عبد المكاتب عليه جناية موجبها المال كانت هدراً لما ذكرنا، وإن كان موجبها القصاص فله أن يقتص فيما دون النفس، لأن العبد يقتص منه لسيده، وإن عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال، فإن كان الجانى أباه لم يقتص منه، لأن الولد لا يقتل بولده وإن جنى المكاتب عليه لم يقتص منه لأن السيد لا يقتص منه لعبده، وقال القاضى: فيه

---

(٦٢) أخرجه الترمذى فى «العتق» (٤/ ٢١٥٩) وابن ماجه فى «الديات» (٢/ ح٢٦٦٩) وأحمد فى «مسنده» (٤/ ١٤) وإسناده صحيح.

ملك السيد فى عبده فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الأولى لأن الملك فيه قبل الكتابة كان مستقرًا، ودين الكتابة غير مستقر فإذا قدم على المستقر فعلى غيره أولى لأن أرش الجناية مستقر فيجب تقديمه على الكتابة التى ليست مستقرة، إذا ثبت هذا فإنه يفدى نفسه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته، لأنه إن كان أرش الجناية أقل فلا يلزمه أكثر من موجب جنايته وهو أرشها، وإن كان أكثر لم يكن عليه أكثر من قيمته، لأنه لا يلزمه أكثر من بدل المحل الذى يتعلق به الأرش فإن بدأ بدفع المال إلى ولىّ الجناية فوفى بما يلزمه من أرش الجناية وإلا باع الحاكم منه بما بقى من أرش الجناية، وباقيه باق على كتابته وإن اختار الفسخ فله ذلك ويعود عبدًا غير مكاتب مشتركًا بين السيد وبين المشترى، فإن أبقاه على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق إلى باقيه وإن كان المكاتب موسرًا ويقوم عليه، وإن كان معسرًا عتق منه ما عتق وباقيه رقيق، وإن لم يكن فى يده مال ولم يف بالجناية إلا قيمته كلها بيع كله فيها وبطلت كتابته، وإن بدأ بدفع المال إلى سيده نظرنا فإن كان ولى الجناية سأل الحاكم فحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه وكان النظر فيه إلى الحاكم فلا يصح دفعه إلى سيده ويرتجعه الحاكم ويدفعه إلى ولى الجناية، فإن وفى وإلا كان الحكم فيه على ما ذكرنا من قبل وإن لم

وجه آخر أنه يقتص منه لأن حكم الأب معه حكم الأحرار بدليل أنه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حريته موقوفة على حريته، قال القاضى: ولا نعلم موضعًا يقتص فيه المملوك من مالكه غير هذا الموضع.

فصل: وإن جنى على المكاتب فيما دون النفس فأرش الجناية له دون سيده لثلاثة معان: **أحدها**: أن كسبه له وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه، **والثانى**: أن المكاتبة تستحق المهر فى النكاح لتعلقه بعضو من أعضائها كذلك بدل العضو، **الثالث**: أن السيد أخذ مال الكتابة بدلاً عن نفس المكاتب فلا يجوز أن يستحق عنه عوضًا آخر ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون الجانى سيده فلا قصاص عليه لأمرين: **أحدهما**: أنه حر والمكاتب عبد، **والثانى**: أنه ملكه ولا يقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الأرش إذا اندمل الجرح على ما يذكر فى الجنايات، ولأنه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته إلى نفسه فيسقط أرشه، فإذا ثبت هذا فسرى الجرح إلى نفسه انفسخت الكتابة وكان الحكم فيه كما لو قتله، فإن اندمل الجرح وجب له أرشه على سيده ويتقاصان إن كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم، وإن كان من غير جنس مال الكتابة أو لم يحل عليه نجم لم يتقاصا ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه، فإن اتفقا على أن يجعل أحدهما عوضًا عن الآخر وكانا من جنسين لم يجز، لأنه بيع بدين فإن قبض أحدهما حقه ثم دفعه إلى الآخر عوضًا عن حقه جاز، وإن رضى المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز إذا كان من جنس مال الكتابة.

يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه إلى السيد، لأنه يقضى حقًا عليه فجاز كما لو قضى بعض غرمائه قبل الحجر عليه ثم إن كان ما دفعه إليه جميع مال الكتابة عتق ويكون الأرش فى ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق وهو أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته، لأنه لا يلزمه أكثر مما كان واجبًا بالجناية، وإن أعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك لأنه أتلف محل الاستحقاق فكان عليه فداؤه كما لو قتله، وإن عجز ففسخ السيد كتابته فداه أيضًا بما ذكرناه وقال أبو بكر فيما إذا فداه سيده قولان، يعنى روايتين: **إحداهما**: يفديه بأقل الأمرين، **والثانية**: يفديه بأرش جنايته بالغة ما بلغت.

فصل: وإذا جنى المكاتب جنايات تعلقت برقبته واستوى الأول والآخر فى الاستيفاء ولم يقدم الأول على الثانى، لأنها تعلقت بمحل واحد، وكذا إن كان بعضها فى حال كتابته وبعضها بعد تعجيزه فهى سواء ويتعلق جميعها بالرقبة، فإن كان فيها ما يوجب القصاص فلولى الجناية استيفاؤه وتبطل حقوق الآخرين، وإن عفا إلى مال صار حكمه حكم الجناية الموجبة للمال، فإن أبرأه بعضهم استوفى الباقون، لأن حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد فإذا اجتمعوا تزاحموا فإذا أبرأه بعضهم سقط حقه وتزاحم الباقون كما لو انفردوا كما فى الوصايا وإن أدى وعتق فالضمان عليه وإن عتقه سيده فالضمان عليه، وأيها ضمن فالواجب عليه أقل الأمرين كما ذكرنا فى الجناية الواحدة ولأنه لو عجزه الغرماء وعاد قنًا بيع وتحاصوا

الحال الثانية: إذا كان الجانى أجنبيًا حرًا فلا قصاص، لا يقتل بالعبد فإن سرى الجرح إلى نفسه انفسخت كتابته وعلى الجانى قيمته لسيده، وإن اندمل الجرح فعليه أرشه له فإن أدى الكتابة وعتق ثم سرى الجرح إلى نفسه وجنت ديته، لأن اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته فإن كان الجانى السيد أو غيره من ورثته لم يرث منه شيئًا، لأن القاتل لا يرث ويكون لبيت المال إن لم يكن له وارث ومن اعتبر الجناية بحالة ابتدائها أوجب على الجانى قيمته ويكون أيضًا لورثته.

الحال الثالثة: إذا كان الجانى عبدًا أو مكاتَبًا فإن كان موجب الجناية القصاص وكانت على النفس انفسخت الكتابة وسيده بالخيار بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجانى، وإن كانت فيما دون النفس كقطع يده فللمكاتب استيفاء القصاص وليس لسيده منعه كما أن المريض يقتص ولا يعترض عليه ورثته، والمفلس يقتص ولا يعترض عليه غرماؤه، وإن عفا على مال ثبت له وإن عفا مطلقًا انبنى على الروايتين فى موجب العمد، وإن قلنا موجبه القصاص عينًا صح ولم يثبت له مال وليس لسيده مطالبته باشتراط مال، لأن ذلك تكسب ولا يملك إجباره على الكسب، وإن قلنا الواجب أحد أمرين ثبت له دية الجرح، لأنه لما ثبت القصاص تعين المال ولا يصح عفوه عن المال، لأنه لا يملك التبرع بغير إذن سيده، وإن صالح علي بعض الأرش فحكمه حكم العفو إلى غير مال.

فى ثمنه كذلك هـهنا، فأما إن عـجزه سيده فعاد قنًا خير بين فدائه وتسليـمه، فإن اختار فداءه ففيـه روايتان: **إحداهـما**: يفديه بأقل الأمرين كمـا لو أعتقه أو قتله، **والثانـية**: يلزمـه أرش الجنايات كلها بالغة ما بلغت، لأنه لو سلمـه احتمل أن يرغب فيه راغب بأكثر من قيـمته فقد فوت تلك الزيادة باختـيار إمساكه فكان عليـه جميع الأرش ويفارق ما إذا أعتـقه أو قتله، لأن المحل فيـهما تلفت ماليتـه فلم يمكن تسليمه ولم يجب أكثـر من قيمته والمـحل باق وهـهنا يمكن تسليمه وبيعه، وإن أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيزه أو عتقه ففيه وجهان: **إحداهما**: يفدى نفسه بأقل الأمرين، **والثانى**: بأرش الجنايات بالغة ما بلغت، لأن محل الأرش قائم غير تالف ويمكن تعجيز نفسه فى كل جناية يباع فيها فأشبه ما لو عجزه سيده.

فـصل: وإن جنى المكاتب على سيده فيما دون النفس فـالسيد خصمه، فيها فإن كانت موجبة لـلقصاص وجب كما تجب على عبـده القن، لأن القصاص يجب للزجر فيحـتاج إليه العبد فى حق سيده، وإن عفا على مـال أو كانت موجبة للمال ابتداء وجب له، لأن المكاتب مع سيده كالأجنبى يصح أن يبايعه ويثبت له فى ذمته المال والحقوق، كذلك الجناية، ويفدى نفسه بـأقل الأمرين فى إحدى الروايتين، والأخـرى يفديها بأرش الجناية بالغة مـا بلغت، فإن وفى ما فى يده بما عليه فلسيده مطالبته به وأخـذه، وإن لم يف به فلسيده تعجيزه، فإذا عجزه وفسخ الكتـابة سقط عنه مال الكتابة وأرش الجناية لأنه عـاد عبداً قنًا، ولا يثبت للـسيد على

فــصل: وإذا مـات المكاتب وعليـه ديون وأروش جنايات ولم يكن ملك مـا يؤدى فى كتابته انفـسخت الكتابة وسقط أرش الجنايات، لأنها متعلقة برقبته وقد تلفت ويستوفى ديونه مما كان فى يده فإن لم يف بها سقط الباقى، قال أحمد: ليس على سيده قضاء دينه، هذا كان يسعى لنفسـه وإن كان قد ملك ما يؤدى فى كتابته انبـنى ذلك على الروايتين فى عتق المكاتب بملك ما يؤديه، وقد ذكـرنا فيه روايتين الظاهر منهـما أنه لا يعتق بذلك فتنفـسخ الكتابة أيضًا ويبدأ بقضاء الدين على ما ذكرنا فى الحال الأول، وهذا قول زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب والحسن وشريح وعطاء وعمرو بن دينار وأبـى الزناد ويحيى الأنصارى وربيعة والأوزاعى وأبى حنيفة والشافعى، **والثانية**: أنه إذا ملك ما يؤدى صار حرّا فعلى هذ يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجـومه، روى نحو هذا عن شريح والنـخعى والشعبى والحكم وحـماد وابن أبى ليلى والثورى والحسن بن صـالح لأنه دين حال فيضرب به كـسائر الديون، ويجىء على قول من قال إن الدين يحل بالموت أن يضرب بجميع مال الكتابة، لأنه قد حل بالموت، والمذهب الأول الذى نقله الجماعة عن أحمد، وقد روى سعيد فى سننه ثنا هشيم ثنا منصور وسعيد عن قتادة قـال: ذكرت لسعيد بن المـسيب قول شريح فى المكاتب إذا مات وعليـه دين وبقية من مكاتبته فـقلت إن شريحًا قضى أن مولاه يضـرب مع الغرماء، فقال سعـيد: أخطأ شريح زيد بالدين قبل المكاتبة.

عبده القن مـال، وإن أعتقه سيده ولا مال فى يده سـقط الأرش، لأنه كان متعلقًا برقـبته وقد أتلفها فسـقط، وإن كان فى يده مال لم يسقط: لأن الحق كان متعـلقًا بالذمة، وما فى يده من المال فإذا تلفت الرقبة بقى الحق متعلقًا بـالمال فاستوفى منه كما لو عتق بالأداء، وهل يجب أقل الأمرين أو أرش الجناية كله؟ على وجهين، ويستحق السيد مطالبته بأرش الجناية قبل أداء مال الكتابة لما ذكـرنا من قبل فى حق الأجنبى، وإن اختار تأخيـر الأرش والبداية يقبض مال الكتابة جاز، ويعتق إذا قبض مال الكتابة كله، وقال أبو بكر: لا يعتق بالأداء قبل أرش الجناية لوجوب تقديمه على مال الكتابة.

ولنا: أن الحقين جـميعًا للسيد، فـإذا تراضيا على تقديم أحدهمـا على الآخر جاز، لأن الحق لهمـا لا يخرج عنهمـا ولأنه لو بدأ بأداء الكتابة قبل أرش الجنـاية فى حق الأجنبى عتق ففى حق السيد أولى، ولأن أرش الجناية لا يلزم أداؤه قبل اندمال الجرح فيمكن تقدم وجوب الأداء عليه، فإذا ثبت هذا: فإنه إذا أدى عتق ويلزمه أرش الجناية سواء كان فى يده مال أو لم يكن، لأن عتقه بسبب من جهته فلم يسقط ما عليـه بخلاف ما إذا أعتقه سيده فإنه أتلف محل حقه وهـهنا بخلافه وهل يلزمه أقل الأمرين أو جميع الأرش؟على وجهين.

فـصل: قـال الشـيخ ﷺ: (**وهى عقـد لازم من الطرفين لا يدخلها خـيار ولا يملك أحدهما فسخها**).

وجملة ذلك أن الكتابة عقد لازم من الطرفين لأنها عقد معاوضة أشبه عقد النكاح والبيع ولا يدخلها خيار، لأن الخـيار شرع لدفع الغبن عن المال والسيـد دخل على بصيرة أن الحظ لعبده فلا مـعنى للخيار ولا يملك أحدهما فسـخها قياسًا على سائـر العقود اللازمة، وعنه أن العبد يملك ذلك وسنذكره، ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل كسائر عقود المعاوضات.

48- مـسـألة: (ولا تنفسخ بمـوت السيد لا نعلم فى ذلك خلافـًا ولا تنفسخ بجنونه ولا الحجر عليه، لأنه عقد لازم أشبه البيع).

49- مسألة: (ويعتق بالأداء إلى سيده وقد ذكرنا ذلك وبالأداء إلى الورثة).

لأنه انتقل إليهم مع بقاء الكتابة فهو كـالأداء إلى موروثهم ويكون مقسومًا بينهم على قدر مواريثهم كسائر ديونه، فإذا كان له أولاد ذكـور وإناث فللذكر مثل حظ الانثيين ولا يعتق حتى يؤدى إلى كل ذى حق حقه، فإن أدى إلى بعضهم دون بعض لم يعـتق كما لو كان بين شركاء فأدى إلى بعضهم فإن كان بعضهم غائبًا وله وكيل دفع نصيبه إلى وكيله، وإن لم يكن له وكيل دفع نصيبه إلى الحاكم وعتق، وإن كان موليًا عليه دفع إلى وليه إما أبيه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه، فإن كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع إليهمـا معًا، وإن كان الوارث رشيدًا قبض لنفسه، ولا تصح الوصية ليقبض له، لأن الـرشيد ولى نفسه، وإن كان بعضهم رشيـدًا وبعضهم موليًا عليه فحكم كل واحد منهم حكمه وانفرد فإن أذن بعضهم فى الأداء إلى الآخر وكان الذى أذن

وإن كانت جنايتـه على نفس سيده فلورثته القـصاص فى العمد أو العفـو على حال وفى الخطأ المال، وفيما يفدى به نفسـه روايتان، وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه، لأن الكتابة انتقلت إليـهم والعبد لو عاد قنًا لكان لهم، وإن جنى على موروث سيـده، فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجناية على سيده فيما دون النفس على ما مضى بيانه.

فصل: وإذا اجتمع على المكاتب أرش جناية وثمن مبيع أو عوض قرض أو غيرهما من الديون مع مال الكتابة وفى يده مال يفى بها فله أن يؤديها ويـبدأ بما شاء منها كالحر، وإن لم يف بها ما فى يده وكلها حالة لم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح كالحر، وإن كان فيـها مؤجل فعـجله بغير إذن سيـده لم يجز، لأن تعجيله تـبرع فلم يجز بغيـر إذن سيده كالهبة وإن كان بإذن سيـده جاز كالهبة، وإن كان التعجيل للسيـد فقبوله بمنزلة إذنه، وإن كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر إلـى الحاكم وإنما يحجر عليه بسؤالهم، فإن حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح لأن الحق لهم ولا يستوفى بغير إذنهم، وإن سأله سيده الحجر عليه لم يجبـه إلى ذلك، لأن حقه غيـر مستقـر فلم يحجر عليـه من أجله فإذا حجر عليـه بسؤال الغرمـاء، فقـال القاضى: عندى أنه يبـدأ بقضـاء ثمن المبـيع وعوض القـرض يسوى بينهـما ويقدمهما على أرش الجناية ومال الكتابة، لأن أرش الجناية مـحل الرقبة، فإذا لم يحصل مما

رشيدًا فأدى إلى الآخر جـميع حقه عتق نصيبه ولا يسرى إلى نصيب شـريكه إن كان معسرًا، ويسرى إليـه إن كان موسرًا ويقوم عـليه نصيب شريكه كله، كـما لو كان بين شريكين فـأعتق أحدهما نصيبه، وهذا ظاهر كلام الخرقى وهـو أحد قولى الشافعى، وقال القاضى: لا يسرى عتقه وإن كان مـوسرًا، وهذا القول الثانى للشافعى، وقال أبو حنيفـة: لا يعتق إلا بأداء جميع مال الكتابة، لأنه أدى بعض مال الكتابة فأشبـه ما لو أداه إلى السيد فإن أبرأوه من مال الكتابة برئ منه وعتق وإن أبرأه بعضهم عتق نصيبـه، وكذلك إن أعتق نصيبه منه عتق، والخلاف فى هذا كله كالخلاف فيما إذا أدى إلى بعضهم بإذن الآخر.

ولنا: على أنه يعتق نصيب من أبرأ من حقه عليه أو اسـتوفى نصيبه بإذن شركائه أنه أبرأه من جميع ماله عليه فوجب أن يلحقه العتق كما لو أبرأه سيده من جميع مال الكتابة، وفارق ما إذا أبرأه سيده من بعض مال الكتابة، لأنه ما أبرأه من جميع حقه.

ولنا: على سراية عتقه أنه إعتاق لبعض العبـد الذى يجوز إعتاقه من موسر جائز التصرف غير مـحجور عليه فوجب أن يسـرى عتقه كمـا لو كان قنّا، ولأنه عتق حصل بفعله واخـتياره فسرى كـمحل الوفاق، **فـإن قـيل:** فى السراية إضرار بالشركاء لأنه قـد يعجز فيرد إلى الرق، **قلـنا:** إذا كان العتق فى محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذى لا كـتابة فيه فلأن يزيل عرضية ذلك بطريق الأولى.

فصل: وإذا عتق بالأداء إلى الورثة فولاؤه لسيده فى إحدى الروايتين وهو اختيار الخرقى

فى يده استوفى من رقبته، وهذا مذهب الشافعى، واتفق أصحابنا والشافعى على تقديم أرش الجناية على مال الكتابة على ما مضى.

فصل: وإذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية توجب القصاص فللمجنى عليه الخيار بين القصاص والمال، فإن اختار المال أو كانت الجناية خطأ أو شبه عمد أو إتلاف مال تعلق أرشها برقبته وللمكاتب فداؤه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته، لأنه بمنزلة شرائه وليس له فداؤه بأكثر من قيمته كما لا يجوز له أن يشتريه بذلك إلا أن يأذن فيه سيده فإن كان الأرش أقل من قيمته لم يكن له تسليمه لأنه تبرع بالزيادة، وإن زاد الأرش على قيمته فهل يلزمه تسليمه أو يفديه بأقل الأمرين؟ على روايتين.

فصل: فإن ملك المكاتب ابنه أو بعض ذوى رحمه المحرم أو ولد له ولد من أمته فجنى جناية تعلق أرشها برقبته وللمكاتب فداؤه بغير إذن سيده كما يفدى غيره من عبيده، وقال القاضى فى المجرد: ليس له فداؤه بغير إذنه وهو مذهب الشافعى، لأنه إتلاف لماله فإن ذوى رحمه ليسوا بمال له ولا يتصرف فيهم فلم يجز له إخراج ماله فى مقابلتهم ولأن شراءهم كالتبرع، ويفارق العبد الأجنبى فإنه ينتفع به وله صرفه فى كتابته فكان له فداؤه وشراؤه كسائر الأموال، لكن إن كان لهذا الجانى كسب فدى منه وإن لم يكن له كسب بيع فى الجناية إن استغرقت قيمته وإن لم تستغرقها بيع بعضه فيها وما بقى للمكاتب.

يختص به عصبانه دون أصحاب الفروض، وهذا قول أكثر الفقهاء، واختاره أبو بكر ونقله إسحاق بن منصور عن أحمد وإسحاق، وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قال: اختلف الناس فى المكاتب يموت سيده وعليه بقية من كتابته، قال بعض الناس: الولاء للرجال والنساء، وقال بعضهم: لا ولاء للنساء، لأن هذا إنما هو دين على المكاتب ولا يرث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن، والذى يغلب على أنهن يرثن ولو عجز المكاتب بعد وفاة السيد رد رقيقًا، وهذا قول طاوس والزهرى، لأن المكاتب انتقل إلى الورثة بموت السيد بدليل أنهم لو أعتقوه بعد عتقهم لكان ولاؤه لهم كما لو انتقل بالشراء، ولأنه يؤدى إلى الورثة فكان ولاؤه لهم كما لو أدى إلى المشترى، ووجه الأول أن السيد هو المنعم بالعتق فكان الولاء له كما لو أدى إليه، ولأن الورثة إنما ينتقل إليهم ما بقى للسيد، وإنما بقى له دين فى ذمة المكاتب، والفرق بين الميراث والشراء أن السيد نقل حقه فى البيع باختياره فلم يبق له فيه حق من وجه والوارث يخلف الموروث ويقوم مقامه ويلى على موروثه ولا ينتقل إليه شىء أمكن بقاؤه لموروثه، والولاء مما أمكن بقاؤه للموروث فوجب أن لا ينتقل عنه، وقد ذكرنا ذلك فى باب الولاء.

فصل: وإن أعتقه الورثة صح عتقهم، لأنه ملك لهم فصح عتقهم له، ولأن السيد لو أعتقه نفذ عتقه وهم يقومون مقام موروثهم وولاؤه لهم، لقول النبى ﷺ: «إنما الولاء لمن

ولنا: أنه عبد له جنى فملك فداءه كسائر عبيده ولا نسلم أنه لا يملك شراءه، وقولهم لا يتصرف فيه قلنا: إلا أن كسبه له، وإن عجزه المكاتب صار رقيقًا معه لسيده، وإن أدى المكاتب لم يتضرر السيد بعتقهم وانتفع به المكاتب، وإذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب أن لا يمنع منه، وفارق التبرع فإنه يفوت المال على السيد، **فإن قيل**: بل فيه مضرة وهو منعه من أداء الكتابة فإنه إذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه فى الكتابة عجز عنها، **قلنا**: هذا الضرر لا يمنع المكاتب منه بدليل ما لو ترك الكسب مع إمكانه أو امتنع من الأداء مع قدرته عليه فإنه لا يمنع منه ويجبر على كسب ولا أداء فكذلك لا يمنع مما هو فى معناه ولا مما يفضى إليه ولأن غاية الضرر فى هذا المنع من إتمام الكتابة وليس إتمامها واجبًا عليه فأشبه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين:

أحدهما: أن هذا فيه نفع للسيد لمصيرهم عبيدًا له، **والثانى**: أن فيه نفعًا للمكاتب بإعتاق ولده وذوى رحمه ونفعًا لهم بالإعتاق على تقدير الأداء، فإذا لم يمنع مما يساويه فى المضرة من غير نفع فيه فلأن لا يمنع مما فيه نفع لازم لإحدى الجهتين أولى، وولد المكاتبة يدخل فى كتابتها، والحكم فى جنايته كالحكم فى ولد المكاتب سواء.

أعتق» وإن أعتق بعضهم نصيبه فعتق عليه كله بالسراية قوم عليه نصيب شركائه وكان ولاؤه له، وإن لم يسر لكونه معسرًا أو لغير ذلك فله ولاء ما أعتقه للخبر، ولأنه منعهم عليه فكان الولاء له كغير المكاتب، وقال القاضى: إن أعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد، وإن أعتق بعضهم لم يسر عتقه ثم ينظر فإن أدى إلى الباقين عتق كله، وكان ولاؤه للسيد، وإن عجز فردوه إلى الرق كان ولاء نصيب المعتق له، لأنه لولا إعتاقه لعاد سهمه رقيقًا كسهام سائر الورثة فلما أعتقه كان هو المنعم عليه فكان الولاء له دونهم، فأما إن أبرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما إذا أدى إليهم، لأن الإبراء جرى مجرى أداء ما عليه ويحتمل أن يكون الولاء لهم، لأنهم أنعموا عليه بما عتق به أشبه ما لو أعتقوه، وإن أبرأه بعضهم من نصيبه كان فى ولائه ما ذكرنا من الخلاف.

فصل: إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه صح بيعهم وهبتهم، لأنهم يقومون مقام موروثهم وهو يملك بيعه وهبته كذلك ورثته ويكون عند المشترى الموهوب له مبقى على ما بقى من كتابته إن عجز فعجزه عاد رقيقًا له، وإن أدى عتق وكان ولاؤه لمن يؤدى إليه على الرواية التى تقول، إن ولاؤه للورثة إذا أدى إليهم، وأما على الرواية الأخرى فيحتمل أن لا يصح بيعه ولا هبته، لأن ذلك يقتضى إبطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذى كاتبه وليس ذلك للورثة ويحتمل أن يصح ويكون الولاء للسيد إن أعتق بالكتابة، لأن السيد عقدها فعتق بها فكان ولاؤه له ويفارق ما باعه السيد، لأن السيد يبيعه أبطل حق نفسه وله ذلك بخلاف الورثة فإنهم لا يملكون إبطال حق موروثهم.

فـــصل: وإن جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جناية موجبها المال لم يثبت لها حكم، لأنه لا يجب للسيد على عبده مال، وإن كان موجبها قصاصًا فقال أبو بكر: ليس له القصاص لأنه إتلاف لماله باختياره، وهذا الذى ذكره أبو الخطاب فى رءوس المسائل، وقال القاضى: له القصاص، لأنه من مصلحة ملكه فإنه لو لم يستوفه أفضى إلى إقدام بعضهم على بعض، وليس له العفو على مال لما ذكرنا، ولا يجوز بيعه فى أرش الجناية، لأن الأرش لا يثبت له فى رقبة عبده، فإن كان الجانى من عبيده ابنه لم يجز بيعه لذلك، وقال أصحاب الشافعى: يجوز بيعه فى أحد الوجهين، لأنه لا يملك بيعه قبل جنايته فيستفيد بالجناية ملك بيعه.

ولنا: أنه عبده فلم يجب له عليه أرش كالأجنبى وما ذكروه ينتقض بالرهن إذا جنى على راهنه.

فصل: وإن جنى عبد المكاتب عليه جناية موجبها المال كانت هدرًا لما ذكرنا، وإن كان موجبها القصاص فله أن يقتص إن كان فيما دون النفس، لأن العبد يقتص منه لسيده، وإن عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال، فإن كان الجانى أباه لم يقتص منه، لأن الوالد لا يقتل بولده وإن جنى المكاتب عليه لم يقتص منه، لأن السيد لا يقتص منه لعبده، وقال القاضى: فيه وجه آخر يقتص منه، لأن حكم الأب معه حكم الأحرار بدليل أنه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حريته موقوفة على حريته، قال ولا نعلم موضعًا يقتص فيه المملوك من مالكه سوى هذا الموضع.

فصل: إذا وصى السيد بمال الكتابة صح، فإن سلم مال الكتابة إلى الموصى له أو وكيله أو وليه إن كان محجورًا عليه برئ منه وعتق وولاؤه لسيده الذى كاتبه، لأنه المنعم عليه، وإن أبرأه من المال عتق، لأنه برئ من مال الكتابة فأشبه ما لو أدى، وإن أعتقه لم يعتق، لأنه لا يملك رقبته وإنما وصى له بالمال الذى عليه، وإن عجز ورد فى الرق صار عبدًا للورثة وما قبضه الموصى له من المال فهو له، لأنه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والأمر فى تعجيزه إلى الورثة، لأن الحق يثبت لهم بتعجيزه ويصير عبدًا لهم فكانت الخيرة فى ذلك إليهم وتبطل وصية الموصى له بتعجيزه، وإن وصى بمال الكتابة للمساكين ووصى إلى من يقبضه ويفرقه بينهم صح، ومتى سلم المال إلى الموصى برئ وعتق، وإن أبرأه منه لم يبرأ، لأن الحق لغيره فإن دفعه المكاتب إلى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق، لأن التعيين إلى الوصى دونه، وإن وصى بدفع المال إلى غرمائه تعين القضاء منه كما لو وصى به عطية لهم، فإن كان إنما وصى بقضاء ديونه مطلقًا كان على المكاتب أن يجمع بين الورثة والوصى بقضاء الدين ويدفعه إليهم بحضرته، لأن المال للورثة ولهم قضاء الدين منه ومن غيره وللوصى فى قضاء الدين حق، لأن له منعهم من التصرف فى التركة قبل قضاء الدين.

فصل: **وإذا جنى على المكاتب فيما دون النفس فأرش الجناية له دون سيده لثلاثة معان:** **أحدها:** أن كسبه له وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه، **والثانى:** أن المكاتبة تستحق المهر فى النكاح لتعلقه بعضو من أعضائها كذلك بدل العضو، **والثالث:** أن السيد يأخذ مال الكتابة بدلاً عن نفس المكاتب فلا يجوز أن يستحق عنه عوضًا آخر ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون الجانى سيده فلا قصاص عليه لمعنيين: **أحدهما:** أنه حر والمكاتب عبد، **والثانى:** أنه مالكه ولا يقتص من المالك لمملوكه، ولكن يجب الأرش ولا يجب إلا باندمال الجرح على ما ذكرنا فى الجنايات، ولأنه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته إلى نفسه فيسقط أرشه، فإذا ثبت هذا فإنه إن سرى الجرح إلى نفسه انفسخت الكتابة وكان الحكم فيه كما لو قتله، وإن اندمل الجرح وجب أرشه له على سيده، فإن كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه تقاصا، وإن كان من غير جنس مال الكتابة أو كان النجم لم يحل لم يتقاصا ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه، وإن اتفقا على أن يجعل أحدهما عوضًا عن الآخر وكانا من جنسين لم يجز، لأنه بيع دين بدين، فإن قبض أحدهما حقه ثم دفعه إلى الآخر عوضًا عن حقه جاز، وإن رضى المكاتب بتعجيل الواجب له عما يحل من نجومه جاز إذا كان من جنس مال الكتابة.

فصل: **إذا مات رجل وخلف ابنين وعبداً فادعى العبد أن سيده كاتبه فصدقاه ثبتت الكتابة،** لأن الحق لهما، وإن أنكره وكانت له بينة ثبتت الكتابة وعتق بالأداء إليهما، وإن عجز فلهما رده إلى الرق، وإن لم يعجزاه وصبرا عليه لم يملك الفسخ، وإن عجزه أحدهما وأبى الآخر تعجيزه بقى نصفه على الكتابة ورق النصف الآخر، فإن لم تكن له بينة فالقول قولهما مع أيمانهما، لأن الأصل بقاء الرق وعدم الكتابة وتكون أيمانهما على نفى العلم، لأنها يمين على نفى فعل الغير، فإن حلفا ثبت رقه، وإن نكلا قضى عليهما أو ردت اليمين عليه عند من يرى ردها فيحلف العبد وتثبت الكتابة، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى برق نصفه وكتابة نصفه، وإن صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة فى نصفه وعليه البينة فى نصفه الآخر، فإن لم تكن بينة وحلف المنكر صار نصفه مكاتبًا ونصفه رقيقًا قنًّا، فإن شهد المقر على أخيه قبلت شهادته، لأنه لا يجر إلى نفسه نفعًا ولا يدفع عنها ضرراً، فإن كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الكتابة فى جميعه، وإن لم يشهد غيره فهل يحلف العبد معه؟ على روايتين، وإن لم يكن عدلاً أو لم يحلف العبد معه وحلف المنكر كان نصفه مكاتبًا ونصفه رقيقًا ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ونفقته من كسبه، لأنها على نفسه وعلى مالك نصفه، فإن لم يكن له كسب كان على المنكر نصف نفقته ثم إن اتفق هو ومالك نصفه على المهايأة مياومة أو مشاهرة أو كيفما كان جاز، فإن طلب أحدهما ذلك وامتنع الآخر أجبر عليها

الحـال الثانيـة: إذا كان الجانى أجنبيًا حرًا فلا قـصاص أيضًا، لأن الحر لا يقتل بالعبد، ولكن ينظر إن سرى الجرح إلى نفسه انفسخت الكتـابة وعلى الجانى قيمته لسيده، وإن اندمل الجرح فـعليه أرشه له، فإن أدى الـكتابة وعتق ثم سرى الجـرح إلى نفسه وجـبت ديته، لأن اعتبار الضمان بالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته، فإن كان الجانى السيد أو غيره من الورثة لم يرث منه شـيئًـا، لأن القاتل لا يرث ويكون لبـيت المال، إن لم يكن لـه وارث، ومن اعتـبر الجناية بحالة ابتدائها أوجب على الجانى قيمته ويكون لورثته أيضًا.

الحال الـثالث: إذا كان الجانى عبدًا أو مكاتبًا، فـإن كان موجب الجناية القصاص وكانت على النفس انفسخت الكتابة وسيده مخير بين القـصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجانى، وإن كانت فيما دون النفس مثل أن يقطع يده أو رجله فللمكاتب استيفاء القصاص وليس لسيده منعه كما أن المريض يقبض ولا يعترض عليه ورثته والمفلس يقبض ولا يعترض عليه غرماؤه، وإن عـفا على مـال ثبت له، وإن عفـا مطلقًا أو إلى غـير مـال انبنى ذلك على الروايتـين فى موجب العـمد، إن قلنا موجبـه القصاص عينًا صح ولم يثـبت له مال، وليس للسيد مطـالبته باشتراط مال، لأن ذلك تكسب، ولا يملك السيد إجباره على الكسب، وإن قلنا الواجب أحد أمرين ثبتـت له دية الجرح، لأنه لما سقط القـصاص تعين المال ولا يصح عـفوه عن المال، لأنه لا يملك التبرع به بغير إذن سيده، وإن صالح على بعض الأرش فحكمه حكم المعفو عنه إلرى غير مال.

فى ظاهر كلام أحمـد، وهو قول أبى حنيفة، لأن المنافع مشـتركة بينهما، فـإذا أراد أحدهما حيـازة نصيـبه من غـير ضرر لزم الآخـر إجابتـه كالأعيـان ويحتـمل أن لا يجبـر، وهو قول الشافعى، لأن المهايأة تأخير حقه الحـال لكون المنافع فى هذا اليوم مشتركة بينهما فلا تجب الإجابة إليه كتأخـير دينه الحال، فإن اقتسما الكسب مناصفـة أو مهايأة جاز، فإن لم يف بأداء نجومه فللمقر رده فى الرق وما فى يده له خـاصة، لأن المنكر قد أخذ حقه من الكسب، وإن اختلف المنكر والمقر فيما فى يد المكاتب فقال المنكر: هذا كان فى يده قبل دعوى الكتابة أو كسبه فى حياة أبينا وأنكر ذلك المقر فالقول قوله مع يمينه، لأن المدعى يدعى كسبه فى وقت الأصل عدمه فيه، ولأنه لو اخـتلف هو والمكاتب فى ذلك كان القول قول المكاتب، فكذلك من يقوم مقامـه، وإن أدى الكتابة عتق نصيب المقر خاصـة ولم يسر إلى نصيب شريكه، لأنه لم يباشر العتق ولم ينسب إليه، وإنما كان السبب من أبيـه، وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد، ولأن المقر يـزعم أن نصيب أخيه حر أيضًا، لأنه قد قبض من العـبد مثل ما قبض فقد حـصل أداء مال الكتابة إليهمـا فعتق كله بذلك وولاء النصف للمقر، لأن أخـاه لا يدعيه والمقر يدعى أنه كله عتق بالكتابة، وهذا الولاء الذى على هذا النصف من نصيبى من الولاء، وقال أصحاب الشافعى: فى ذلك وجهان:

فصل: وإذا مات المكاتب وعليه ديون وأرش جنايات ولم يكن ملك ما يؤدى فى كتابته انفسخت كتابته وسقط أرش الجنايات، لأنها متعلقة برقبته وقد تلفت ويستوفى دينه ما كان فى يده، فإن لم يف بها سقط الباقى.

قال أحمد: ليس على سيده قضاء دينه هذا كان يسعى لنفسه، وإن كان قد ملك ما يؤدى فى كتابته انبنى ذلك على الروايتين فى عتق المكاتب بملك ما يؤديه، وقد ذكرنا فى روايتين: الظاهر منهما أنه لا يعتق بذلك فتنفسخ الكتابة أيضًا ويبدأ بقضاء الدين على ما ذكرنا فى **الحال الأول:** وهذا قول زيد بن ثابت وسعيد بن المُسَيَّبِ والحسن وشُرَيْح وعَطاء وعَمرِو بن دينار وأبى الزنادِ ويحيى الأنْصارىِّ وَرَبِيعَةَ والأوْزَاعىِّ وأبى حنيفة والشافعى، **والرواية الثانية:** أنه إذا ملك ما يؤدى فقد صار حرًا، فعلى هذا يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجومه، وروى نحو هذا عن شُرَيْح والنَّخَعِىِّ والشَّعْبِىِّ والحكَم وحَمّاد وابن أبى لَيْلَى والثَّوْرِىِّ والحسن ابن صالح، لأنه دين له حال فيضرب به كسائر الديون ويجىء على قول من قال: إن الدين يحل بالموت أن يضرب بجميع مال الكتابة، لأنه قد صار حالاً، والمذهب الأول الذى نقله الجماعة عن أحمد، وقد روى سعيد فى سننه حدثنا هُشَيْمٌ أنا منصُور وسعيدٌ عن قَتادةَ قال: ذكرت لسعيدِ بنِ المُسَيَّبِ قول شُرَيْح فى المكاتب إذا مات وعليه دين وبقية من مكاتبته فقلت:

أحدهما: كقولنا: **والثانى:** أن الولاء بين الابنين، لأنه يثبت لموروثهما فكان لهما بالميراث، قال شيخنا: والصحيح ما قلناه لما ذكرنا ولا يمتنع ثبوت الولاء للأب واختصاص أحد الابنين به كما لو ادعى أحدهما دينًا لأبيه على إنسان وأنكره الآخر فإن المدعى يأخذ نصيبه من الدين ويختص به دون أخيه وإن كان يرثه عن الأب ولذلك لو ادعياه معًا وأقاما به شاهدًا واحدًا فحلف أحدهما مع الشاهد وأبى الآخر، فإن أعتق أحدهما حصته عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسرًا، هذا قول الخرقى لقول رسول الله ﷺ «من أعتق شركًا له فى عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم» ولأنه موسر عتق نصيبه من عبد مشترك فسرى إلى باقيه كغير المكاتب، وقال أبو بكر والقاضى: لا يعتق إلى حصته، لأنه إن كان المعتق المقر فهو منفذ، وإن كان المنكر لم يسر إلى نصيب المقر مكاتب لغيره، وفى سراية العتق إليه إبطال سبب الولاء عليه فلم يجز ذلك.

50- مسألة: (وإن حل نجم فلم يؤده فللسيد الفسخ وعنه لا يعجز حتى يحل نجمان وعنه لا يعجز حتى يقول قد عجزت).

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما يجوز به للسيد فسخ الكتابة فروى عنه أنه يجوز له الفسخ إذا عجز عن نجم واحد، وهو قول الحارث العكلى وأبى حنيفة والشافعى، لأن السيد دخل على أن يسلم له مال الكتابة على الوجه الذى كاتبه عليه ويدفع إليه المال فى نجومه، فإذا لم يسلم له لم يلزمه عتقه، لأنه عجز عن أداء النجم فى وقته فجاز فى وقته فجاز

إن شريحًا قضى أن مولاه يضرب مع الغرماء؟ فـقال سعيد: أخطأ شريح قضى زيد بالدين قبل المكاتبة(٦٣).

١٩٩٦- **مسألة:** قال: (**وإذا كاتبه ثم دبره فإذا أدى صارحرًا، وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتـدبير إن حمل الـثلث ما بقى عليه من كـتابته وإلا عـتق منه بمقـدار الثلث، وسقط من الكتابة بمقدار ما عتق وكان على الكتابة فيما بقى**).

وجـملة ذلك أن تدبير المكاتب صحيح لا نعلم فيـه خلافًا، لأنه تعليق عتق بصفة وهو يملك إعتاقه، وإن كـان وصية فهو وصية بإعتـاقه وهو يملكه، فعند هذا إن أدى عتق بالأداء، لأنه سبب للعـتق ويبطل التدبير للغنى عنه ومـا فى يده له، وإن عجز وفسـخت الكتابة بطلت كتابته وصار مـدبرًا غير مكاتب، فإذا مات السيد عتق إن خـرج من الثلث وما فى يده لسيده، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقـدر الثلث، وإن مات السيد قبل أدائه وعجـزه عتق بالتدبير إن حمله الثـلث، وإن لم يخرج من الثلث عـتق منه بقدر الثلث وسـقط من الكتابة بقـدر ما عتق، لأن مال الكتاب عوض عنه فإذا عـتق نصفه وجب أن يسقط نصف الكتابة، لأنه لم تبق الكتابة إلا فى نصفه فلـم يبق عليه من مالها إلا بقدر ذلك وهو على الكتابة فـيما بقى وما فى يده له وهذا مذهب الشافعى ﷺ.

وقال أصـحابنا: إذا أعتق بالتدبـير بطلت الكتابة، وكان مـا فى يده لسيده كـما لو بطلت

فسخ كتـابته كالنجم الأخير، ولأنه تعذر العـوض فى عقد معاوضة ووجـد عين ماله فكان له الرجوع، كما لو باع سلعة فأفلس المشترى قبل نقد ثمنها، **والرواية الثانية:** أن السيد لا يملك الفسخ حتى يحل نجمان قبل أدائهـا، وهو ظاهر كلام الخرقى، قال القاضى: وهو ظاهر كلام أصحابنا، روى ذلك عن الحكم وابن أبى ليلى وأبى يوسف والـحسن بن صالح لما روى عن على ﷺ أنه قال: لا يرد المكاتب فى الرق حتى يتوالى عليه نـجمان، ولأن ما بين النجمين محل الأداء الأول فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثانى، **والرواية الثالثة:** أنه لا يعجـز حتى يقـول قد عـجزت، رواها عنه ابن أبى مـوسى، وروى عنه أنه أدى أكثـر مال الكتابة لم يرد إلى الرق واتبع بما بقى، وإذا قلنا: للسيد الفـسخ، لم تنفسخ الكتابة بالعجز بل له مطالبة المكاتب بما حل من نجومه، لأنه دين له حل فـأشبه دينه على الأجنبى، وله الصبر عليه وتأخيره به سـواء كان قادرًا على الأداء أو عاجزًا، لأنه حق له سمح بتأخـيره أشبه الدين على الأجنبى فإن اختار الصبر عليه لم يملك العبد الفسخ بغير خلاف نعلمه.

قال ابن المنذر: أجـمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الـمكاتب إذا حل عليه نجم ونجم أو نجومه كلها فـوقف السيد عن مطالبته وتركه بحاله أن الكتـابة لا تنفسخ ما داما ثابتـين على العـقـد الأول، وإن أجله به ثم بدا له الرجـوع فله ذلك، لأن الحـال لا يتـأجل

---

(٦٣) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٣٢ - ٣٣٣) وعبد الرزاق فى المصنف (٨/ ٤١٣/ ١٥٧٤٤).

الكتابة بعجزه، لأنه عبد عتق بالتدبير فكان ما فى يده لسيده كغير المكاتب، والصحيح الأول إن شاء الله تعالى، لأنه مكاتب برئ من مال الكتابة فعتق بذلك، وكان ما فى يده له، كما لو أبرأه سيده، يحققه أن ملكه كان ثابتًا على ما فى يده ولم يحدث ما يزيله، وإنما الحادث مزيل لملك سيده عنه فيبقى ملكه كما لو عتق بالأداء.

فصل: إذا قال السيد لمكاتبه: متى عجزت بعد موتى فأنت حر فهذا تعليق للحرية على صفة تحدث بعد الموت، وقد ذكرنا فيه اختلافًا فيما مضى، فإن قلنا لا يصح فلا كلام، وإن قلنا يصح فمتى عجز بعد الموت صار حرًا بالصفة فإن ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق، لأنه لم يجب عليه يعجز عنه، وإن ادعى ذلك بعد حلول نجمه ومعه ما يؤديه لم يصح قوله، لأنه ليس بعاجز، وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق وإن كذبوه فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم المال وعجزه، فإذا حلف عتق، وإذا عتق، بهذه الصفة كان ما فى يده له وإن لم تكن كتابته فسخت، لأن العجز لا تنفسخ به الكتابة وإنما يثبت به استحقاق الفسخ، والحرية تحصل به بأول وجوده فتكون الحرية قد حصلت له فى حال كتابته، فيكون ما فى يده له، كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة، ومقتضى قول بعض أصحابنا أن تبطل كتابته ويكون ما بيده لورثة سيده.

فصل: وإذا كاتب عبدًا له فى صحته ثم أعتقه فى مرض موته أو أبرأه من مال الكتابة،

بالتأجيل كالقرض وإن اختار السيد فسخ كتابته ورده إلى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا يلزمه الاستبناء به، فعل ذلك ابن وعمر وهو قول شريح والنخعى وأبى حنيفة والشافعى، وقال ابن أبى ليلى: لا يكون عجزه إلا عند قاض، وحكى نحوه عن مالك، وقال الحسن: إذا عجز استؤنى بعد العجز سنتين، وقال الأوزاعى، شهرين.

ولنا ما روى سعيد بإسناده عن ابن عمر أنه كاتب عبدًا له على ألف دينار وعجز عن مائة دينار فرده فى الرق، وبإسناده عن عطية العوفى عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين ألفًا فأدى عشرة آلاف ثم أتاه فقال: إنى طفت العراق والحجاز فردنى فى الرق فرده، وروى عنه أنه كاتب عبدًا له على ثلاثين ألفًا فقال له: أنا عاجز، فقال له امح كتابتك فقال امح أنت.

وروى سعيد بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ خطب فقال: «أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق» ولأنه عقد عجز عن عوضه فملك فسخه كالمسلم إذا تعذر المسلم فيه، **فإن قيل:** فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمه من جهة العبد؟ **قلنا:** بل هى لازمة من الطرفين ولا يملك العبد فسخها، وإنما له أن يعجز نفسه ويمتنع من الكسب، وإنما جاز له ذلك لوجهين: **أحدهما:** أن الكتابة تتضمن إعتاقًا بصفة، ومن علق عتقه بصفة لم يملك إبطالها ويلزم وقوع العتق بالصفة ولا يلزم العبد الإتيان بها ولا الإجبار عليها.

فإن كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته أو مال كتابته عتق مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون فإنا نعتبر قيمته دون مال الكتابة وهى تخرج من الثلث، ولو كان مال الكتابة مائة وقيمته مائة وخمسون اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ويعتبر الباقى من مال الكتابة دون ما أدى منها، وإنما اعتبرنا الأقل، لأن قيمته إن كانت أقل فهى قيمة ما أتلف بالإعتاق ومال الكتابة ما استقر عليه، فإن للعبد إسقاطه بتعجيز نفسه أو يمتنع من أدائه فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به وإن كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه، لأنه يعتق بأدائه ولا يستحق السيد عليه سواء، وقد ضعف ملكه فيه وصار عوضه، وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث مثل أن يكون ماله سوى المكاتب مائة فإننا نضم الأقل من قيمته أو مال كتابته إلى ماله ونعمل بحسابه فيعتق منه ثلثاه ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة، فإن أداه عتق وإلا رق منه ثلثه.

ويحتمل أنه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فيبقى ثلثه بخمسين فأداها أن يقول قد زاد مال الميت، لأنه حسب على الورثة بمائة، وقد حصل لهم بثلثه خمسون فقد زاد مال الميت، فينبغى أن يزيد بما يعتق منه، لأن هذا المال يحصل لهم بعقد السيد والإرث عنه، ويجب أن يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه، لأن ربعه يجب إيتاؤه للمكاتب، فلا يحسب من

الثانى: أن الكتابة لحظ العبد دون سيده فكان لازمًا لمن ألزم نفسه حظ غيره وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئًا أو كفل له أو رهن عنده رهنًا.

فصل: وإذا حل النجم على المكاتب وماله حاضر عنده طولب به ولم يجز الفسخ قبل الطلب كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب فإن طلب منه فذكر أنه غائب عن المجلس فى ناحية من نواحى البلد أو قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة لم يمكن إحضاره قريبًا لم يجز فسخ الكتابة وأمهل بقدر ما يأتى به إذا طلب الإمهال، لأن هذا يسير لا ضرر فيه وإن كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الإمهال ليبيعه بجنس مال الكتابة أمهل، وإن كان المال غائبًا أكثر من مسافة القصر لم يلزم الإمهال وهذا قول الشافعى، وقال أبو حنيفة: إن كان له مال حاضر أو غائب يرجو قدومه استؤنى يومين وثلاثة لا أزيده على ذلك، لأن الثلاثة آخر حد القلة والقرب لما بيناه فيما مضى، وما زاد عليها فى حد الكثرة، وهذا كله قريب بعضه من بعض، فأما إذا كان قادرًا على الأداء واجدًا لما يؤديه فامتنع من أدائه أو قال: قد عجزت، فقال الشريف أبو جعفر وجماعة من أصحابنا المتأخرين: يملك السيد الفسخ، وهذا الذى ذكره شيخنا فى الكتاب المشروح وظاهر كلام الخرقى وهذا مذهب الشافعى، وقال أبو بكر بن جعفر: ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض، وهو قول أبى حنيفة ومالك والأوزاعى، وقد ذكر ذلك فى كتاب البيع وفيه رواية أخرى أنه إذا قدر على أداء المال كله أنه يصير حرًّا بملك ما يؤدى، وقد ذكرناها.

مال الميت، فعلى هذا إذا كان ثلاثة أرباع مال المكاتب مائة وخمسين وقيمة العبد مائة وللميت مائة أخرى عتق من العبد ثلثاه وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم بثلث المائة فقد زاد لهم ثلث الخمسين فيعتق من العبد قد ثلثها وهو تسع الخمسين وذلك نصف تسع فصار العتق ثابتًا فى ثلثيه ونصف تسعه وحصل للورثة المائة وثمانية أتساعه الخمسين، وهو مثلا ما عتق منه، **فإن قيل**: لم أعتقتم بعضه وقد بقى عليه بعض مال الكتابة وقد قلتم إن المكاتب لا يعتق منه شيء حتى يؤدى جميع مال الكتابة؟ **قلنا**: إنما أعتقنا بعضه هٰهنا بإعتاق سيده لا بالكتابة، ولما كان العتق فى مرض موته نفذ فى ثلث ماله وبقى باقيه لحق الورثة والموضع الذى لا يعتق إلا بأداء جميع الكتابة إذا كان عتقه بها، لأنه إذا بقى عليه شيء فما حصل الاستيفاء وبعض المعاوضة فلم تثبت الحرية فى العوض.

فصل: وإن وصى سيده بإعتاقه أو إبرائه من الكتابة وكان يخرج من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال كتابته فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه فى مرضه أو أبرأه إلا أنه يحتاج ههنا إلى إيقاع العتق، لأنه أوصى به، وإن لم يخرج الأقل منهما من ثلثه أعتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق ويبقى باقيه على باقى الكتابة، فإن أداه عتق جميعه، وإن عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقى، وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه فى الحال كقولنا فيمن دبر عبدًا وله فى ذمة موسر أو معسر أنه يعتق ثلثه فى الحال وإن لم يحصل للورثة فى الحال

فصل: فإن حل النجم والمكاتب غائب بغير إذن سيده فله الفسخ، وإن كان غاب بإذنه لم يكن له أن يفسخ، لأنه إذن فى السفر المانع من الأداء لكن يرفع الأمر إلى الحاكم ليجعل للسيد فسخ الكتابة، وإن كان قادرًا على الأداء طالبه بالخروج إلى البلد الذى فيه السيد ليؤدى مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك، فإن فعله فى أول حال الإمكان عند خروج القافلة إن كان لا يمكنه الخروج إلا معها لم يجز الفسخ، وإن أخره مع الإمكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ، وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدفع إليه جاز وله الفسخ، إذا ثبتت وكالته ببينة بحيث يأمن المكاتب إنكار السيد، فإن لم يثبت ذلك لم يلزم المكاتب الدفع إليه وكان له عذر يمنع جواز الفسخ، لأنه لا يأمن أن يسلم إليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال وسواء صدقه فى أنه وكيل أو كذبه فإن كتب حاكم البلد الذى فيه السيد إلى حاكم البلد الذى فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك، لأن هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه، فإن الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرشيد، فإن اختار القبض جرى مجرى الوكيل ومتى قبض منه المال عتق.

51- مسألة: (وليس للعبد فسخها بحال).

لأنها عقد لازم ومقصودها ثبوت الحرية فى العبد وذلك حق لله تعالى فلا يملك العبد فسخه، وإن كان له فيه حظ ولله له ذلك، لأن العقد لحظه فملك فسخه كالمرتهن له فسخ

شيء، ولأن حق الورثة متحقق الحصول، فإنه إن أدى وإلا عاد الباقي قنًا، وذكر القاضي فيه وجهًا آخر أنه لا يتنجز عتق شيء منه إذا لم يكن للميت مال سواه لئلا يتنجز للوصية ما عتق منه ويتأخر حق الوارث، وكذلك لو كان له مال غائب أو دين حاضر لم تتنجز وصيته من الحاضر، والأول أصح لما ذكرناه، وأما الحاضر والغائب فإنه إن كان موصى له بالحاضر أخذ ثلثه في الحال ووقف الباقي على قدوم الغائب فقد حصل للموصى له ثلث الحاضر ولم يحصل للورثة شيء في الحال، فهو كمسألتنا، ولم يكمل له جميع وصيته، لأن الغائب غير موثوق بحصوله، فإنه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه، فأما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة فإنها تقف على أداء مال الكتابة.

١٩٩٧- **مسألة:** قال: **(وإذا ادعى المكاتب وفاء كتابته وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حرًا)**.

وهذا قول الشافعي ﷺ، لأن النزاع بينهما في أداء المال، والمال يقبل فيه الشاهد واليمين، **فإن قيل**: القصد بهذه الشهادة العتق وهو مما لا يثبت بشاهد ويمين، **قلنا**: بل يثبت بشاهد ويمين في رواية، وإن سلمنا أنه لا يثبت بذلك لكن الشهادة ههنا إنما هي بأداء المال والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الأول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما في نزاع، ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين كما أن الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة ويترتب عليها ثبوت النسب الذي لا يثبت بشهادة النساء ولا بشهادة واحد.

الرهن دون الراهن، وإن اتفق هو والسيد على فسخها جاز، لأن الحق لهما فجاز باتفاقهما كفسخ البيع والإجارة.

52- **مسألة: (ولو زوج ابنته من مكاتبه ثم مات انفسخ النكاح)**.

إذا زوج السيد ابنته من مكاتبه برضاها ثم مات السيد وكانت من الورثة انفسخ النكاح وبهذا قال الشافعي، ويحتمل أن لا ينفسخ حتى يعجز، وبه قال أبو حنيفة، لأنها لا ترثه وإنما تملك نصيبها من الدين الذي عليه، بدليل أن الوارث لو أبرأ المكاتب من الدين عتق وكان الولاء للميت لا للوارث فإن عجز وعاد رقيقًا قلنا انفسخ النكاح حينئذ، لأنها ملكت نصيبها منه.

ولنا أن المكاتب مملوك لسيده ولا يعتق بموته فوجب أن ينتقل إلى ورثته كسائر أملاكه، ولأنها لا يجوز لها ابتداء نكاحه لأجل الملك فانفسخ نكاحها بتجدد ذلك فيه كالعبد القن، وأما كون الولاء للميت فلأن السبب وجد منه فنسب العتق إليه وثبت الولاء له، إذا ثبت هذا فرق بين أن ترثه كله أو ترث بعضه، لأنها إذا ملكت منه جزءًا انفسخ النكاح فيه فبطل في باقيه، لأنه لا ينجز، فإن كانت لا ترث أباها لمانع من موانع الميراث فنكاحها باق بحاله، والحكم في سائر الورثة من النساء كالحكم في البنت، وكذلك لو تزوج رجل مكاتبة فورثها أو بعضها انفسخ نكاحه لذلك.

فـصل: فإن لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد فالقول قوله مع يمينه، لأنه منكر، وإن قال العبـد: لى شاهد غائب أنظر ثـلاثًا فإن جاء به وإلا حلف السـيد، ثم متى جـاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حريته وإن جاء بشاهد فجرح فقال: لى شاهد غائب عدل أنظر ثلاثًا لما ذكرنا.

فـصل: وإن أقر السيد بقبض مال الكتابـة عتق العبد إذا كان ممن يصح إقراره، وإن أقر بذلك فى مرض موته قبل، لأنه إقرار لغير وارث وإقرار المريض لغير وارثه مقبول، وإذا قال: استوفيت كتابتى كـلها عتق العبد، وإن قال: استوفيتهـا كلها إن شاء الله تعالى، وإن شاء زيد عتق ولم يؤثر الاستثناء لأن هذا الاستثناء لا مدخل له فى الإقرار.

قال أحمـد فى رواية أبى طالب إذا قال له علىَّ ألف إن شاء الله كان مـقرًا بها، ولأن هذا الاستـثناء تعلق بشرط، والذى يـتعلق بالشرط إنـما هو المسـتقـبل، وأما الماضى فـلا يمكن تعليقه، لأنه قد وقع على صـفة لا يتغير عنها بالشرط، وإنما يدل الشـرط فيه على الشك فيه فكأنه قال: استوفيت كـتابتى وأنما أشك فيه فيلغو الشك ويثبت الإقـرار، وإن قال: استوفيت آخر كتابتى، وقال: إنما أردت أتى استوفيت النجم دون مـا قبله، وادعى العبد إقراره باستيفاء الكل فالقول قول السيد، لأنه أعرف بمراده.

فـصل: إذا أبرأه السيد من مال الكتابة برئ وعتق، لأن ذمته خلت من مال الكتابة فأشبه ما لـو أداه، وإن أبرأه من بعضه برئ منه كله وكان على الكتـابة فيما بقى، لأن الإبراء كالأداء،

53- مـسـألة: (ويجب على السيد أن يؤتيه ربع مال الكتـابة إن شاء وضعه عنه وإن شاء قبضه ثم دفعه إليه).

الكلام فى الإيتاء فى خـمسة فـصول: وجوبه، وقـدره، وجنسه، ووقـت جوازه، ووقت وجوبه.

الفـصل الأول: أنه يجب على السيد إيتاء المكاتب شيئًا مما كوتب عليه، روى ذلك عن على ﷺ، وبه قال الشـافعى وإسحاق، وقـال بريدة والحسن والنخعى والثـورى ومالك وأبو حنيفة: ليس بواجب، لأنه عقد معاوضة فلا يجب فيه الإيتاء كسائر عقود المعاوضات.

ولنا قول الله تعالى: ﴿وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ﴾ (النور: ٣٣) وظاهر الأمر الوجوب، قال على ﷺ: ضعوا عنه ربـع مال الكتابة، وعن ابن عباس قال: ضعـوا عنهم من مكاتبتهم شيئًـا، وتفارق الكتابة سائر العـقود، فإن القصد بهـا رفق العبد بخلاف غـيرها، ولأن الكتابة يستحق بها الولاء على العبـد مع المعاوضة فكذلك يجب أن يستحق العبد على السـيد شيئًا، **فإن قيل:** المراد بالإيتاء إعطاؤه سهمًا من الصدقة والندب إلى التصدق عليه، وليس ذلك واجبًا بدليل أن العقد يوجب العوض عليه فكيف يقتضى إسقاط شىء منه؟ **قلنا:** أما الأول فإن عليًا وابن عبـاس فسراه بمـا ذكرنا، وهما أعلم بتـأويل القرآن، وحمل الأمـر على الندب يخالف مقتضى الأمـر فلا يصار إليه إلا بدليل، وقولهم: إن العقد يوجب علـيه فلا يسقط عنه، قلنا:

وإن كاتبه على دنانير فأبرأه من دراهم، أو على دراهم فأبرأه من دنانير لم تصح البراءة، لأنه أبرأه مما لا يجب له عليه إلا أن يريد بقدر ذلك مما لى عليك، فإن اختلفا فقال المكاتب: إنما أردت من قيمة ذلك، وقال السيد: بل ظننت إن لى عليك النقد الذى أبرأتك منه فلم تقع البراءة موضعها فالقول قول السيد مع يمينه، لأنه اعترف بنيته، وإن مات السيد واختلف المكاتب مع ورثته فالقول قولهم مع أيمانهم أنهم لا يعلمون موروثهم أراد ذلك، وإن مات المكاتب واختلف ورثته وسيده فالقول قول السيد لما ذكرنا.

١٩٩٨- **مسألة:** قال: **(لا يُكَفِّرُ المكاتب بغير الصوم)**.

وجملته أن المكاتب إذا لزمته كفارة ظهار أو جماع فى نهار رمضان أو قتل أو كفارة يمين لم يكن له التكفير بالمال، لأنه عبد، ولأنه فى حكم المعسر بدليل أنه لا تلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله أخذ الزكاة لحاجته، وكفارة العبد والمعسر الصيام، وإن أذن له سيده فى التكفير بالمال جاز، لأنه بمنزلة التبرع ويجوز له التبرع بإذن سيده، ولأن المنع لحقه وقد أذن فيه ولا يلزمه التكفير بالمال إذا أذن فيه السيد، لأن عليه ضرراً فيه لما يفضى إليه من تفويت حريته كما أن التبرع لا يلزمه بإذن سيده.

وقال القاضى: المكاتب كالعبد القن فى التكفير، ومتى أذن له سيده فى التكفير بالمال انبنى على ملك العبد إذا ملكه سيده، فإن قلنا لا يملك لم يصح تكفيره بعتق ولا إطعام ولا

إنما يجب الرفق به عند آخر كتابته رفقًا به ومواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى كما تجب الزكاة مواساة من النعمة التى أنعم الله تعالى بها على عبده ولأن العبد ولى جمع هذا المال وتعب فيه فاقتضى الحال مواساته منه كما أمر النبى ﷺ بإطعام عبده من الطعام الذى ولى حره ودخانه واختص هذا بالوجوب، لأن فيه معونة على العتق وإعانة لمن يحق على الله تعالى عونه فإن أبا هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاثة حق على الله تعالى عونهم: المجاهد فى سبيل الله، والمكاتب الذى يريد الأداء، والناكح الذى يريد العفاف» قال الترمذى: هذا حديث حسن.

الفصل الثانى: فى قدره وهو الربع، ذكره الخرقى وأبو بكر وغيرهما من أصحابنا، روى ذلك عن على وقال قتادة: العشر، وقال الشافعى وابن المنذر: يجزى ما يقع عليه الاسم، وهو قول مالك، إلا أنه عنده مستحب لقول الله تعالى: ﴿وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ﴾ ومن للتبعيض والقليل بعض فيكتفى به، وقال ابن عباس: ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئًا، ولأنه قد ثبت أن المكاتب لا يعتق حتى يؤدى جميع الكتابة بما ذكرنا من الأخبار ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب أن يعتق إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة، ولا يجب عليه أداء مال يجب رده إليه، وقد روى عن ابن عمر أنه كاتب عبداً له على خمسة وثلاثين ألفًا فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة.

كسوة سواء ملكه سيده أو لم يملكه سواء أذن فيه أو لم يأذن، لأنه يكفر بما ليس بمملوك له فلم يصح، وإن قلنا يملك بالتمليك صح تكفيره بالطعام إذا أذن فيه، وإن أذن له فى التكفير بالعتق فهل يصح؟ على روايتين سبق ذكرهما فى تكفير العبد، والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه فى المكاتب، لأنه يملك المال بغير خلاف، وإنما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به، فإذا أذن له سيده فيه صح كالتبرع.

١٩٩٩- مسألة: قال: **(وولد المكاتبة الذين ولدتهم فى الكتابة يعتقون بعتقها)**.

وجملته أنه يصح مكاتبة الأمة كما تصح مكاتبة العبد، لا خلاف بين أهل العلم فيه، وقد دل عليه حديث بريرة(٦٤) وحديث جويرية بنت الحارث(٦٥) ولأنها داخلة فى عموم قوله: ﴿ **وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً** ﴾ (النور: ٣٣) ولأنها يمكنها التكسب والأداء فهى كالعبد، وإذا أتت المكاتبة بولد من غير سيدها إما من نكاح أو غيره فهو تابع لها موقوف على عتقها، فإن عتقت بالأداء أو الإبراء، عتق وإن فسخت كتابتها وعادت إلى الرق عاد رقيقًا.

وهذا قول شُرَيْح ومالك وأبى حنيفةَ والثَّوْرِىِّ وإسحاقَ، وسواء فى هذا ما كان حملاً حال الكتابة وما حدث بعدها، وقال أبو ثور وابنُ المُنْذِرِ: هو عبد قن لا يتبع أمه، وللشَّافعىُّ قولان كالمذهبين، واحتجوا بأن الكتابة غير لازمة من جهة العبد فلا تسرى إلى الولد كالتعليق بالصفة.

ولنا: ما روى أبو بكر بإسناده عن على عن النبى ﷺ: ﴿ **وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ** ﴾ قال: «ربع المكاتبة» وروى موقوفًا عن على، ولأنه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع مكان مقدرًا كالزكاة، ولأن حكمة إيجابه الرفق بالمكاتب وإعانته على تحصيل العتق، وهذا لا يحصل باليسير الذى هو أقل ما يقع عليه الاسم فلم يجز أن يكون هو الواجب، وقول الله تعالى: ﴿ **وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ** ﴾ إذا ورد غير مقدر فيه فإن السنة بينته وقدرته كالزكاة.

الفصل الثالث: فى جنسه إن قبض مال الكتابة ثم أعطاه منه أجزأ، لأن الآية تقتضيه، وإن وضع عنه مما وجب عليه جاز، لأن الصحابة رضي الله عنهم فسروا الآية بذلك، ولأنه أبلغ فى النفع وأعون على حصول العتق فيكون أفضل من الإيتاء وتدل الآية عليه من طريق التنبيه، وإن أعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله، وهو ظاهر كلام الشافعى لأن الله تعالى أمر بالإيتاء منه.

ولنا: أنه لا فرق فى المعنى بين الإيتاء منه والإيتاء من غيره، إذا كان من جنسه فوجب أن يتساويا فى الإجزاء كالزكاة وغير المنصوص إذا كان فى معناه ألحق به، ولذلك جاز الحط عنه وليس هو بإيتاء لما كان فى معناه، وإن آتاه من غير جنسه مثل أن يكاتبه على دراهم

---

(٦٤) تقدم فى (جـ٥/ ٦٧٦).

(٦٥) تقدم فى أول الكتاب برقم (٨).

ولنا: أن الكتابة سبب ثابت للعتق لا يجوز إبطاله فسرى إلى الولد كالاستيلاد ويفارق التعليق بالصفة، فإن السيد يملك إبطاله بالبيع، إذا ثبت هذا فالكلام فى الولد فى فصول أربعة: فى قيمته إذا تلف، وفى كسبه وفى نفقته، وفى عتقه، أما قيمته إذا تلف فقال أبو بكر: هو لأمه تستعين بها على كتابتها، لأن السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبدًا فلا يستحق قيمته، ولأنه بمنزلة جزء منها ولو جنى على جزء منها كان أرشه لها، كذلك ولدها وإذا لم يستحقها هو كانت لأمه، لأن الحق لا يخرج عنهما، ولأن ولدها لو ملكته بهبة أو شراء كانت قيمته لها فكذلك لو تبعها، يحققه أنه إذا تبعها صار حكمه حكمها ولا يثبت ملك السيد فى منافعه ولا فى أرش الجناية عليه كما لا يثبت له ذلك فيها، وقال الشافعى فى أحد قوليه: تكون القيمة لسيدها، لأنها لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولدها، والفرق بينهما أن الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها، بخلاف ولدها فإن العقد باق بعد قتله فنظير هذا إتلاف بعض أعضائها، والحكم فى إتلاف بعض أعضائها كالحكم فى إتلافه.

وأما كسبه وأرش الجناية عليه فينبغى أيضًا أن يكون لأمه، لأن ولدها جزء منها تابع لها فأشبه بقية أجزائها، ولأن أداءها لكتابته سبب لعتقه وحصول الحرية له فينبغى أن يصرف ذلك فيه بمنزلة صرفه إليه إذ فى عجزها رق وفوات كسبه عليه، وأما نفقته فعلى أمه لأنها تابعة لكسبه وكسبه لها فنفقته عليها، وأما عتقه فإنه يعتق بأدائها أو إبرائها ويرق بعجزها، لأنه تابع

فيعطيه دنانير أو عروضًا لم يلزمه قبوله، لأنه لم يؤته منه ولا من جنسه ويحتمل اللزوم لحصول الرفق به فإن رضى المكاتب بها جاز.

الفصل الرابع: فى وقت جوازه وهو من حين العقد لقول الله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآتُوهُم﴾ وذلك يحتاج إليه من حين العقد وكلما عجله كان أفضل، لأنه يكون أنفع كالزكاة.

الفصل الخامس: فى وقت وجوبه وهو حين العتق لأن الله تعالى أمر بإيتائه من المال الذى آتاه، وإذا آتى المال عتق فيجب إيتاؤه حينئذ، قال على رضي الله عنه: الكتابة على نجمين، والإيتاء من الثانى، فإن مات السيد قبل إيتائه فهو دين فى تركته، لأنه حق واجب فهو كسائر ديونه، فإن ضاقت التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا فى التركة بقدر حقوقهم ويقدم على الوصايا، لأن دين وقد قضى النبى ﷺ أن الدين قبل الوصية.

54- مسألة: (فإن أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن البيع عتق ولم تنفسخ الكتابة فى قول القاضى وأصحابه).

وهو قول أبى بكر، لأنه يجب رده إليه فلا يرد إلى الرق لعجزه عنه، لأنه عجز عن أداء حق هو له لا حق للسيد فيه فلا معنى لتعجيزه فيما يجب رده إليه، وقال على رضي الله عنه: يعتق بقدر ما أدى، لما روى ابن عباس عن النبى ﷺ أنه قال: «إذا أصاب المكاتب حدًا وميراثًا

لها وإن ماتت المكاتبة على كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقًا قنًا إلا أن تخلف وفاء فيكون على الروايتين، وإن أعتقها سيدها لم يعتق ولدها، لأنه إنما تبعها فى حكم الكتابة وهو العتق بالأداء وما حصل الأداء وإنما حصل عتقها بأمر لا يتبعها فيه فأشبه ما لو لم تكن مكاتبة، ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعتقها أن يعود ولدها رقيقًا، ومقتضى قولنا إنه يبقى على حكم الكتابة ويعتق بالأداء، لأن العقد لم يوجد ما يبطله وإنما سقط الأداء عنها لحصول الحرية بدونه، فإذا لم يكن لها ولد يتبعها فى الكتابة ولا فى يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ولم يكن فى بقائه فائدة فانتفى لانتفاء فائدته، وفى مسألتنا فى بقائه لإفضائه إلى عتق ولدها فينبغى أن يبقى، ويحتمل أن يعتق بإعتاقها لأنه جرى مجرى إبرائها من مال الكتابة والحكم فيما إذا أعتقت باستيلاد أو تدبير أو تعليق بصفة كالحكم فيما إذا أعتقها، لأنها عتقت بغير الكتابة، وإن أعتق السيد الولد دونها صح عتقه نص عليه أحمد فى رواية مهنا، لأنه مملوك له فصح عتقه كأمه، ولأنه لو أعتقه معها لصح ومن صح عتقه مع غيره صح مفردًا كسائر مماليكه، وقال القاضى: وقد كان يجب أن لا ينفذ عتقه، لأن فيه ضررًا بأمه بتفويت كسبه عليها، لأنها كانت تستعين به فى كتابتها، ولعل أحمد نفذ عتقه تغليبًا للعتق، والصحيح أن يعتق، وما ذكره القاضى من الضرر لا يصح لوجوه: أحدها: أن الضرر إنما يحصل فى حق من له كسب يفضل عن نفقته، فأما من لا كسب له فتخليصها من نفقته نفع محض فلا

ورث بحساب ما عتق منه ويؤدى المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقى دية عبد» رواه الترمذى وقال: حديث حسن، وروى عن عمر وعلى: أنه إذا أدى الشطر فلا رق عليه، وروى ذلك عن النخعى، وقال عبد الله بن مسعود: إذا أدى قدر قيمته فهو غريم، وظاهر كلام الخرقى أنه لا يعتق حتى يؤدى جميع الكتابة، وروى الأثرم عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهرى أنهم قالوا: المكاتب عبد ما بقى عليه درهم، وهو قول القاسم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثورى وابن شبرمة ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وروى ذلك عن أم سلمة لما روى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق» وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم» رواه أبو داود، ولأنه عوض عن المكاتب فلا يعتق قبل أدائه كالقدر المتفق عليه، ولأنه لو عتق بعضه لسرى إلى باقيه كم لو باشره بالعتق، فأما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بكتابته وأنكر الآخر فأدى إلى المقر وما أشبههما من الصور جمعًا بين الأخبار وتوفيقًا بينها وبين القياس، ولأن قول النبى ﷺ : «إذا كان لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدى فلتحتجب عنه» دليل على اعتبار جميع ما يؤدى، وروى سعيد بإسناده عن أبى قلابة قال: كن

ضرر فى إعتاقه، لأنه لا يفضل لها من كسبه شىء ينتفع به فكان ينبغى أن لا يقيد الحكم الذى ذكره بهذا القيد، **الثانى**: أن النفع بكسبها ليس بواجب لها بدليل أنه لا يملك إجباره على الكسب فلم يكن الضرر بفواته معتبراً فى حقها، **الثالث**: أن مطلق الضرر لا يكفى فى منع العتق الذى تحقق مقتضيه ما لم يكن له أصل يشهد بالاعتبار ولم يذكر له أصلاً ثم هو ملغى بعتق المفلس والراهن وسراية العتق إلى ملك الشريك، فإنه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم فهذا أولى.

فصل: فأما ولد ولدها فإن حكمه حكم أمه، لأن ولد المكاتب لا يتبعه، وأما ولد بنتها فهو كبنتها، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة: لا تسرى الكتابة إليه، لأن السراية إنما تكون مع الاتصال وهذا ولد منفصل فلا تسرى إليه بدليل أن ولد أم الولد قبل أن يستولدها لا يسرى إليه الاستيلاد، وهذا الولد اتصل بأمه دون جدته.

ولنا: أن ابنتها ثبت لها حكمها تبعًا فيجب أن يثبت لابنتها حكمها تبعًا كما يثبت حكم أمها، ولأن البنت تبعت أمها فيجب أن يتبعها ولدها، لأن عليه اتباعها، لأنها موجودة فى ولدها، ولأن البنت تعلق بها حق العتق فيجب أن يسرى إلى ولدها كالمكاتبة، وهذا الخلاف فى ولد البنت التابعة لأمها فى الكتابة، فأما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل فى الكتابة فابنتها أولى.

٢٠٠٠- مسألة: قال: **(ويجوز بيع المكاتب)**.

وهذا قول عَطاء والنَّخَعِّى واللَّيْثِ وابن المُنْذِرِ وهو قديم قولى الشافِعِىِّ قال ولا وجه لقول

أزواج رسول الله ﷺ لا يحتجبن ممن بقى عليه دينار ويجوز أن يتوقف العتق على أداء الجميع، وإن وجب رد البعض إليه كما لو قال إذا أديت إلى فأنت حر ولله على رد ربعها إليك فإنه لا يعتق حتى يؤديها وإن وجب عليه رد بعضها.

فصل: قال الشيخ ﷺ: **(وإذا كاتب عبداً له كتابة واحدة بعوض واحد صح)**.

مثل أن يكاتب ثلاثة أعبد له بألف فيصح فى قول أكثر أهل العلم منهم عطاء وسليمان بن موسى وأبو حنيفة ومالك والحسن بن صالح وإسحاق وهو المنصوص عن الشافعى، وقال بعض أصحابه: فيه قول آخر أنه لا يصح، لأن العقد مع ثلاثة كعقود ثلاثة عوض كل واحد منهم مجهول فلم يصح كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد.

ولنا: أن جملة العوض معلومة وإنما جهل تفصيله فلم يمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد وعلى قول من قال إن العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضًا تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة، إذا ثبت هذا فكل واحد منهم مكاتب بحصته من الألف يقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العتق، لأنه حين المعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم فإذا أداه عتق، وهذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن

من مكاتب قال لا يجوز، وحكى أبو الخَطَّاب عن أحمد رواية أخرى أنه لا يجوز بيعه وهو قول مالك وأصحاب الرأى والجديد من قولى الشافعى، لأنه عقد يمنع استحقاق كسبه فيمنع بيعه وعتقه.

وقال الزُّهْرِىُّ وأبو الزِّناد: يجوز بيعه برضاه ولا يجوز إذا لم يرض، وحكى ذلك عن أبى يوسف لأن بريرة إنما بيعت برضاها وطلبها ولأن لسيده استيفاء منافعه برضاه ولا يجوز بغير رضاه كذلك بيعه.

ولنا: ما روى عروة عن عائشة أنها قال: جاءت بريرة إلىَّ فقالت: يا عائشة إنى كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية فأعينينى، ولم تكن قضت من كتابتها شيئًا، فقالت لها عائشة ونقست فيها: ارجعى إلى أهلك إن أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعًا فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا: إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا، فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ فقال: «لا يمنعك ذلك منها، ابتاعى وأعتقى إنما الولاء لمن أعتق» فقام رسول الله ﷺ فى الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «ما بال يشترطون شروطًا ليست فى كتاب الله من اشترط شرطًا ليس فى كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرطه أوثق وإنما الولاء لمن أعتق» متفق عليه.

قال ابن المنذر: بيعت بريرة بعلم النبى ﷺ وهى مكاتبة ولم ينكر ذلك ففى ذلك أبين

صالح والشافعى وإسحاق، وقال أبو بكر عبد العزيز: يتوجه لأبى عبد الله قول آخر: أن العوض بينهم على عدد رءوسهم فيتساوون فيه، لأنه أضيف إليهم إضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو أقر لهم بشىء.

ولنا: أن هذا عوض فيتقسط على المعوض كما لو اشترى شقصًا وسيفًا وكما لو اشترى عبيدًا فرد واحدًا منهم بعيب أو تلف أحدهم ورد الآخر، ويخالف الإقرار فإنه ليس بعوض، إذا ثبت هذا فأيهم أدى حصته عتق وهذا قول الشافعى، وقال ابن أبى موسى: لا يعتق واحد منهم حتى يؤدى جميع الكتابة، وحكى ذلك عن أبى بكر وهو قول مالك، وحكى عنه أنه إذا امتنع أحدهم من الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقون واحتجوا بأن الكتابة واحدة بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقين، ولا يحصل العتق إلا بأداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحدًا، وقال أبو حنيفة: إن لم يقل لهم السيد: إن أديتم عتقتم، فأيهم أدى بحصته عتق، وإن أدوا جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبه بشىء، وإن قال لهم: إن أديتم عتقتم، لم يعتق واحد منهم حتى يؤدى الكتابة كلها ويكون بعضهم حميلاً عن بعض، ويأخذ أيهم شاء بالمال، وأيهم أداها عتقوا كلهم ويرجع على صاحبيه بحصتهما.

ولنا: أنه عقد معاوضة نع ثلاثة فيبرأ كل واحد منهم بأداء حصته كما لو اشتروا عبيدًا

البيان أن بيعه جائز ولا أعلم خبرًا يعارضه ولا أعلم فى شىء من الأخبار دليلاً على عجزها، وتأوله الشافعى على أنها كانت قد عجزت وكان بيعها فسخًا لكتابتها، وهذا التأويل بعيد يحتاج إلى دليل فى غاية القوة وليس فى الخبر ما يدل عليه، بل قولها أعينينى على كتابتى دلالة على بقائها على الكتابة، ولأنها أخبرتها أن نجومها فى كل عام أوقية فالعجز إنما يكون بمضى عامين عند من لا يرى العجز إلا بحلول نجمين أو بمضى عام عند الآخرين، والظاهر أن شراء عائشة لها كان فى أول كتابتها ولا يصح قياسه على أم الولد، لأن سبب حريتها مستقر على وجه لا يمكن فسخه بحال فأشبه الوقف، والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته إذا عجز فافترقا.

قال ابن أبى موسى: وهل للسيد أن يبيع المكاتب بأكثر مما عليه؟ على روايتين، ولأن المكاتب عبد مملوك لسيده لم يتحتم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصفة، والدليل على أنه مملوك قول النبى ﷺ: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم»(٦٦) وأن مولاته لا يلزمها أن تحتجب منه بدليل قوله ﷺ: «إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدى فلتحتجب منه»(٦٧) فيدل على أنها لا تحتجب قبل ذلك.

وقد روينا فى هذا عن نبهان مولى أم سلمة أنه قال: قالت لى أم سلمة يا نبهان هل عندك

وكما لو لم يقل لهم إن أديتم عتقتم على أبى حنيفة فإن قوله ذلك لا يؤثر، لأن استحقاق العتق بأداء العوض لا بهذا القول، بدليل أنه يعتق بالأداء بدون هذا القول ولم يثبت كون هذا القول مانعًا من العتق، وقوله إن هذا العقد كتابة واحدة ممنوع فإن العقد مع جماعة عقود بدليل البيع، ولا يصح القياس على كتابة الواحد، لأن ما قدره فى مقابلة عتقه، وههنا فى مقابلة عتقه ما يخصه فافترقا، إذا ثبت هذا فإنه إن شرط عليهم فى العقد أن كل واحد منهم ضامن عن الباقين فسد الشرط والعقد صحيح، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أن الشرط صحيح، وخرجه ابن حامد وجهًا بناء على الروايتين فى ضمان الحر لمال الكتابة، وقال الشافعى: العقد والشرط فاسدان، لأن الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه، لأن السيد إنما رضى بالعقد بهذا الشرط فإذا لم يثبت لم يكن راضيًا بالعقد، وقال مالك وأبو حنيفة: العقد والشرط صحيحان، لأنه من مقتضى العقد عندهما.

ولنا: أن مال الكتابة ليس بلازم ولا مآله إلى اللزوم فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفة مجردة فى العتق فقال: إن أديت إلى ألفًا فأنت حر، ولأن الضامن لا يلزمه أكثر من المضمون عنه ومال الكتابة لا يلزم المكاتب فلا يلزم الضامن، ولأن الضمان تبرع وليس للمكاتب التبرع، ولأنه لا يملك الضمان عن حر ولا عمن ليس معه فى الكتابة فكذلك من معه، وأما العقد فصحيح بدليل أن الكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة.

---

(٦٦) تقدم برقم (٥٦).

(٦٧) تقدم برقم (٢٢).

ما تؤدى؟ قلت: نعم، فأخرجت الحجاب بينى وبينها وروت هذا الحديث، قال فقلت لا والله ما عندى ما أؤدى ولا أنا بمؤدٍّ، وإنما سقط الحجاب عنها منه لكونه مملوكها، ولأنه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ويرجع عند العجز إلى كونه قنًا، ولو صار حرًا ما عاد إلى الرق، ويفارق إعتاقه لأنه يزيل الرق بالكلية وليس بعقد وإنما هو إسقاط للملك فيه، وأما بيعه فلا يمنع مالكه بيعه، وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسألتنا.

فصل: وتجوز هبته والوصية به ونقل الملك فيه، لأنه فى معنى بيعه، وقد روى عن أحمد أنه منع هبته، لأن الشرع إنما ورد ببيعه والصحيح جوازها، لأن ما كان فى معنى المنصوص عليه ثبت الحكم فيه.

٢٠٠١- **مسألة:** قال: **(ومشتريه يقوم فيه المكاتب فإذا أدى صار حرًا وولاؤه لمشتريه فإن لم يبين البائع للمشترى أنه مكاتب فهو مخير بين أن يرجع فى الثمن أو يأخذ ما بينه سليمًا ومكاتبًا)**.

وجملة ذلك: أن الكتابة لا تنفسخ بالبيع ولا يجوز إبطالها ولا نعلم فى هذا خلافًا، قال ابن المنذر(٦٨): أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن بيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه إذا كان ماضيًا فيها مؤديًا ما يجب عليه من نجومه فى أوقاتها غير جائز، وذلك لأنها عقد لازم فلا تبطل ببيع العبد كإجارته ونكاحه ويبقى على كتابته عند المشترى وعلى

فصل: إذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته نص عليه أحمد فى رواية حنبل، وكذلك إن أعتق بعضهم، وعن مالك إن أعتق السيد أحدهم وكان مكتسبًا نفذ عتقه لعدم الضرر فيه، وهذا مبنى على أنه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدى جميع مال الكتابة وقد مضى الكلام فيه.

فصل: فإن أدى أحد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل أداء ما عليه بغير علم سيده لم يصح، لأن هذا تبرع وليس له التبرع بغير إذن سيده، فإن كان قد حل نجم صرف ذلك فيه، وإن لم يكن حل عليه نجم فله الرجوع فيه، وإن علم السيد بذلك ورضى بقبضه عن الآخر صح، لأن قبضه له راضيًا مع العلم دليل على الإذن فيه فجاز كما لو أذن فيه صريحًا، وإن كان الأداء بعد أن عتق صح سواء علم السيد أو لم يعلم، فإذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه وكان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به، وإن أداه محتسبًا بالرجوع عليه بإذن المؤدى عنه رجع عليه، لأنه قرض، وإن كان بغير إذنه لم يرجع عليه، لأنه تبرع عليه بأداء ما لا يلزمه أداؤه بغير إذنه فلم يرجع عليه كما لو تصدق عنه صدقة تطوع، وبهذا فارق سائر الديون، وإن كان بإذنه وطلب استيفاءه قدم على أداء مال الكتابة كسائر الديون، وإن عجز عن أدائه فحكمه حكم سائر الديون وهذا كله مذهب الشافعى.

---

(٦٨) انظر الإجماع لابن المنذر (ص١٢١/ ٥٨٣).

نجومه كما لو كان عند البائع مبقى على ما بقى عليه من كتابته، ويؤدى إلى المشترى كما كان يؤدى إلى البائع فإن عجز فهو عبد لمشتريه، لأنه صار سيده، وإن أدى عتق وولاؤه لمشتريه، لأن حق المكاتب فيه انتقل إلى المشترى فصار المشترى هو المعتق، ولهذا قال النبى ﷺ لعائشة: «ابتاعى وأعتقى فإنما الولاء لمن أعتق»(٦٩) ولما أراد أهلها اشتراط ولائها أنكر ذلك وأخبر ببطلانه، وإذا لم يعلم المشترى كونه مكاتبًا ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الأرش، لأن الكتابة عيب لكون المشترى لا يقدر على التصرف فيه ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطء إن كانت أمة وقد انعقد سبب زوال الملك فيه فيملك الفسخ بذلك كمشترى الأمة المزوجة أو المعيبة فيتخير حينئذ بين فسخ البيع والرجوع بالثمن وبين إمساكه وأخذ الأرش وهو قسط ما بينه مكاتبًا وبينه رقيقًا قنًا فيقال كم قيمته مكاتبًا وكم قيمته لو كان غير مكاتب؟ فإذا قيل قيمته مكاتبًا مائة وقيمته غير مكاتب مائة وخمسون والثمن مائة وعشرون فقد نقصته الكتابة ثلث قيمته فيرجع بثلث ثمنه وهو أربعون ولا يرجع بالخمسين التى نقصت بالكتاب من قيمته على ما قرر فى البيع.

فصل: فأما بيع الدين الذى على المكاتب من نجومه فلا يصح، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأبو ثَوْر، وقال عَطاء وعمرو بنُ دينار ومالك: يصح، لأن السيد يملكها فى ذمة المكاتب فجاز بيعها كسائر أمواله.

55- مسألة: (وإن اختلفوا بعد الأداء فى قدر ما أدى كل واحد منهم فالقول قول من يدعى أداء قدر الواجب عليه).

وهذا إذا أدوا وعتقوا فقال من كثرت قيمته: أينا على قدر قيمنا، وقال الآخر: بل أدينا على السواء فبقيت لنا على الأكثر بقية فمن جعل العوض بينهم على عددهم قال: القول قول من يدعى التسوية، ومن جعل على كل واحد قدر حصته فعنده فيه وجهان: **أحدهما**: القول قول من يدعى التسوية، لأن أيديهم على المال فيتساوون فيه، **والثانى**: قول من يدعى أداء قدر الواجب عليه، لأن الظاهر أن الإنسان لا يؤدى إلا ما عليه.

فصل: فإن جنى بعضهم فجنايته عليه دون صاحبه، وبهذا قال الشافعى، وقال مالك: يؤدون كلهم أرشه فإن عجزوا رقوا.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ (الأنعام: ١٦٤) وقول النبى ﷺ: «لا يجنى جان إلا على نفسه» ولأنه لو اشترك رجلان وتعاقدا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا ههنا، ولأن ما لا يصح لا يتضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الآخر كالقصاص، وقد بينا أن كل واحد منهما مكاتب بقدر حصته فهو كالمنفرد بعقده.

فصل: إذا شرط المكاتب فى كتابته أن يوالى من شاء فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لا

---

(٦٩) تقدم فى (٥/ ٦٧٧).

ولنا: أنه دين غير مستقر فلم يجز بيعه كدين السلم ودليل عدم الاستقرار أنه معرض للسقوط بعجز المكاتب، ولأنه لا يملك السيد إجبار العبد على أدائه ولا إلزامه بتحصيله فلم يجز بيعه كالعدة بالتبرع، ولأنه غير مقبوض، وقد نهى النبى ﷺ عن بيع ما لم يقبض(٧٠) فإن باعه فالبيع باطل وليس للمشترى مطالبة المكاتب بتسليمه إليه ولا الرجوع بالثمن على البائع إن كان دفعه إليه فإن سلم المكاتب إلى المشترى نجومه ففيه وجهان: **أحدهما**: يعتق، لأن البيع تضمن الإذن فى القبض فأشبه قبض الوكيل، **والثانى**: لا يعتق، لأنه لم يستنبه فى القبض وإنما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد فكان القبض أيضًا فاسدًا ولم يعتق بخلاف وكيله فإنه استنابه، ولو صرح بالإذن فليس بمستنيب له فى القبض وإنما إذنه بحكم المعاوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه، فإن لنا يعتق بالأداء برئ المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشترى بما قبضه، لأنه كالنائب عنه فإن كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصا بقدر أقلهما ورجع ذو الفضل بفضله، وإن قلنا لا يعتق بذلك فمال الكتابة باق على المكاتب ويرجع المكاتب على المشترى بما دفعه إليه ويرجع المشترى على البائع، فإن سلمه المشترى إلى البائع لم يصح التسليم، لأنه قبضه بغير إذن المكاتب فأشبه ما لو أخذه من ماله بغير إذن فإن كان من غير جنس مال الكتابة تراجعا بما لكل واحد منهما على الآخر، وإن باعه ما أخذه بماله فى ذمته وكان مما يجوز البيع فيه جاز إذا كان ما قبضه السيد باقيًا، وإن كان قد تلف

نعلم فى بطلان الشرط خلافًا لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: كانت فى بريرة ثلاث قضيات أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا الولاء فذكرت ذلك للنبى ﷺ فقال: «اشتريها واشترطى لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق» فقام رسول الله ﷺ فى الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «أما بعد، فما بال أناس يشترطون شروطًا ليست فى كتاب الله؟ من اشترط شرطًا ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق، إنما الولاء لمن أعتق» متفق عليه، ولأن الولاء لا يصح نقله بدليل أن النبى ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته وقال: «إنما الولاء لمن أعتق» ولأنه لحمة كلحمة النسب فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالقرابة، ولأنه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير الناكح ولا حكم البيع لغير العاقد وسواء شرط أن يوالى من شاء أو شرط لبائعه أو لرجل آخر بعينه ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط نص عليه أحمد، وقال الشافعى: تفسد به كما لو شرط عوضًا مجهولاً، ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة فى البيع.

ولنا: حديث بريرة فإن أهلها شرطوا لهم الولاء فأمر النبى ﷺ بشرائها مع هذا الشرط وقال: «إنما الولاء لمن أعتق» ويفارق جهالة العوض فإنه ركن العقد لا يمكن تصحيح العقد إلا به، وربما أفضت جهالته إلى التنازع والاختلاف، وهذا شرط زائد فإذا حذفناه بقى العقد

---

(٧٠) تقدم فى (جـ٥/ ٥٦٨).

ووجب قيمته وكانت من جنس مال الكتابة تقاصا، وإن كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتحاسبا به جاز.

فصل: وإذا كانت المكاتبة ذات ولد يتبعها فى الكتابة فباعهما معًا صح، لأنهما ملكه ولا مانع من بيعهما ويكونان عند المشترى كما كانا عند البائع سواء، وإن باع أحدهما دون صاحبه أو باع أحدهما لرجل وباع أحدهما لرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين:

أحدهما: أنه لا يجوز التفريق بين الأم وولدها فى البيع إلا بعد البلوغ فى إحدى الروايتين **والثانى:** أن الولد تابع لأمه ولها كسبه وعليها نفقته فصار فى معنى مملوكها فلم يجز التفريق بينه وبينها، ويحتمل أن يجوز ذلك إذا كان بالغًا، لأنه محل للبيع صدر فيه التصرف من أهله ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه لها كسبه وأرش الجناية عليه وعليها نفقته ويعتق بعتقها كما لو بيع، والله أعلم.

فصل: وإن وصى بالمكاتب لرجل فقال أبو بكر: قال أحمد: الوصية به جائزة، لأنه يرى بيعه وكذلك هبته ويقوم من انتقل إليه مقام مكاتبه فى الأداء إليه، وإن عجز عاد إليه رقيقًا له قنًا، وإن عتق فالولاء له كما ذكرنا فى المشترى سواء، فإن عجز فى حياة الموصى لم تبطل الوصية، لأن رقه لا ينافى الوصية، وإن أدى وعتق فى حياة الموصى بطلت الوصية ومن منع بيع المكاتب منع الوصية فيه وهبته، فإن قال: إن عجز ورق فهو لك بعد موتى صحت

صحيحًا بحاله، **فإن قيل:** المراد بقوله ﷺ: «اشترطى لهم الولاء» أى عليهم، لأن النبى ﷺ لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على كقوله تعالى: ﴿**وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا**﴾ (الإسراء: ٧) **قلنا:** لا يصح لثلاثة وجوه: **أحدها:** أنه مخالف وضع الفظ والاستعمال، **والثانى:** أن أهل بريرة أبوا هذا الشرط فكيف يأمرها النبى ﷺ بشرط لا يقبلونه؟ **الثالث:** أن ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط، ولأنه مقتضى العتق وحكمه، ولأن فى بعض الألفاظ «لا يمنعنك هذا الشرط منها، ابتاعى وأعتقى» وإنما أمرها النبى ﷺ بالشرط تعريفًا لنا أن وجود هذا الشرط كعدمه، وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق.

فصل: فإن شرط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته أو مزاحمتهم فى مواريثهم فهو شرط فاسد فى قول عامة العلماء منهم الحسن وعطاء وشريح وعمر بن عبد العزيز والنخعى وإسحاق، وأجاز إياس بن معاوية أن يشترط شيئًا من ميراثه، ولا يصح، لأنه يخالف كتاب الله وكل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل، وروى سعيد ثنا هشيم عن منصور عن ابن سيرين بإسناده أن رجلاً كاتب مملوكه واشترط ميراثه فلما مات المكاتب خاصم ورثته إلى شريح فقضى شريح بميراث المكاتب لورثته فقال الرجل: ما يغنى شرطى منذ عشرين سنة؟ فقال شريح: كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة، ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذى قبله.

الوصية إذا عجز فى حياة الموصى، وإن عجـز بعد موته لم يستحقه، لأن الشرط بطل بموته، كمـا لو قال لعبده: إن دخلت الدار فـأنت حر بعد مـوتى فلم يدخلها حتى مات سـيده، وإن قال: إن عجزت بـعد موتى فهو لكم فهـذا تعليق للوصية على صفة توجد بعـد الموت، وقد ذكرنا فى صحتها وجهين.

فـصل: وإن وصى بكتابتـه لرجل صحت الوصـية، لأنها تصح بما ليس بمسـتقر، كما تصح بما لا يملكه فى الحال من ثمرة شجرة وحـمل جاريته، وللموصى له أن يستوفى المال عند حلوله وله أن يبـرئ منه، فإذا استوفـاه أو أبرأه منه عـتق المكاتب والولاء لسيـده، لأنه المنعم عليه، وإن عـجز المكاتب فأراد الوارث تعجـيزه وأراد الموصى له إنظاره فـالقول قول الوارث، لأن حق الموصى له فى المـال ما دام العقد قـائمًا وحق الوارث متعلق بـه إذا عجزه يرده فى الرق، وليس للمـوصى له إبطال حـق الوارث من تعجـيـزه، وأن أراد الوارث إنظاره وأراد الموصى له تعجيزه لم يكن له، لأن الحق فى التعجيز والفسخ للوارث ولا حق للموصى له فى ذلك ولا بيع، لأن حقه يسـقط به، ومتى عجز عاد عـبدًا للورثة، وإن وصى لرجل بما تعجله المكاتب صح، لأنهـا وصية بصفة، فإن عـجل شيئًا فهـو للموصى له، وإن لم يعجل شيئًا حتى حلت نجومه بطلت الوصية.

فـــصل: وإن وصى بمال الكتابة لرجل وبرقـبته لآخر صحت الوصيـتان، فإن أدى إلى

فـصل: فإن شرط عليه خدمة مـعلومة بعد العتق جاز، وبه قال عطاء وابن شبـرمة وقال مالك والزهرى: لا يصح، لأنه ينافى مقتضى العقد أشبه ما لو شرط ميراثه.

ولنا: أنه روى عن عمر رضي الله عنه أنه أعتق كل من يصلى من سـبى العرب وشرط عليهم: أن تخدمـوا الخليفة من بعـدى ثلاث سنوات، ولأنه اشترط خـدمة فى عقـد الكتابة أشبـه ما لو شرطها قـبل العتق، ولأنه شرط نفعًـا معلومًا أشبـه ما لو شرط عوضًا مـعلومًا، ولا نسلم أنه ينافى مقتضى العقد، فإن مقتضاه العتق عند الأداء وهذا لا ينافيه.

فـصل: إذا كاتبه على ألفين فى رأس كل شهر ألف، وشرط أن يعتق عند أداء الأول صح فى قياس المذهب ويعتق عند أدائه، لأن السيد لو أعتقه بغير أداء شىء صح فكذلك إذا أعتقه عند أداء البعض ويبقى الآخر دينًا عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به.

56- مسألة: (وتجوز كتابة بعض عبده، فإذا أدى عتق كله، قاله أبو بكر).

لأنها معاوضة فـصحت فى بعضه كالبيع، فإذا أدى جميع كـتابته عتق كله، لأنه إذا سرى العتق فيه إلى ملك غيره فإلى ملكه أولـى، ويجب أن يؤدى إلى سيده مثلى كتابته، لأن نصف كسـبه يستحـقه سيده بمـا فيه من الرق، ونصفـه يؤدى فى الكتابة إلا أن يرضى سيـده بتأدية الجميع فى الكتابة فيصح، وإذا استوفى المال كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية.

57- مسألة: (وتجوز كتابة حصته من العبد المشترك بغير إذن شريكه).

صاحب المال أو أبرأه منه عتق، قال أصحابنا: وتبطل وصية صاحب الرقبة، ويحتمل أن لا تبطل ويكون الولاء له، لأنه أقامه مقام نفسه فى استحقاق الرقبة، ولو لم يوص بها لكان الولاء له، فإذا وصى بها كان الولاء لمن وصى له بها، ولأنه لو وصى له بالمكاتب مطلقًا لكان الولاء له، فكذلك إذا وصى برقبته، لأن الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال، وإن عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقًا له وبطلت الوصية بالمال، وإن كان صاحب المال قد قبض من كتابته شيئًا فهو له، وإن اختلفا فى فسخ الكتابة عند العجز قدم قول صاحب الرقبة، لأنه يقوم مقام الورثة على ما بيناه فيما تقدم، وقياس هذه المسألة أنه لو وصى لرجل برقبة المكاتب دون مال الكتابة أنه يصح، لأن الوصية بالرقبة دون المال صحيحة فيما إذا وصى بها لرجل وحده وأوصى بالمال لآخر.

فصل: وإذا كانت الكتابة فاسدة فأوصى لرجل بما فى ذمة المكاتب لم تصح الوصية ، لأنه لا شيء فى ذمته، وإن قال: وصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة، صح، لأن الكتابة الفاسدة يؤدى فيها المال كما يؤدى فى الصحيحة، وإن وصى برقبة المكاتب صح، لأن الوصية برقبة المكاتب تصح فى الكتابة الصحيحة ففى الفاسدة أولى.

فصل: وتصح الوصية لمكاتبه ، لأنه مع سيده فى المعاملة كالأجنبى، ولذلك جاز أن يدفع إليه زكاته، فإن قال: ضعوا عن مكاتبى بعض كتابته أو بعض ما عليه، وضعوا ما شاءوا

إذا كان لرجل نصف عبد فكاتبه صح سواء كان باقيه حرًا أو مملوكًا لغيره، وسواء أذن الشريك أو لم يأذن، وهذا ظاهر قول الخرقى وأبى بكر وهو قول الحكم وابن أبى ليلى وحكى عن الحسن البصرى والحسن بن صالح ومالك والعنبرى، وكره الثورى وحماد كتابته بغير إذن شريكه، وقال الثورى: إن فعل رددته إلا أن يكون بعده فيضمن لشريكه نصف ما فى يده، وقال أبو حنيفة: يصح بإذن الشريك ولا يصح بغير إذنه وهو أحد قولى الشافعى، إلا أن أبا حنيفة قال: الإذن فى ذلك إذن فى تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الإذن بشيء منه، وقال أبو يوسف ومحمد: يكون جميعه مكاتبًا، وقال الشافعى فى أحد قوليه: إن كان باقيه حرًا صحت كتابته، وإن كان ملكًا لم يصح سواء أذن فيه الشريك أم لم يأذن، لأن كتابته تقتضى إطلاقه فى الكسب والسفر وملك نصفه يمنع ذلك ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لئلا يصير كسبًا فيستحق سيده نصفه، ولأنه إذا أدى عتق جميعه فيفضى إلى أن يؤدى نصف كتابته ثم يعتق جميعه.

ولنا: أنه عقد معاوضة على نصيبه فصح كبيعه، ولأنه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه، ولأنه ينفذ إعتاقه فصحت كتابته كالعبد الكامل، وكما لو كان باقيه حرًا عند الشافعى أو أذن فيه الشريك عند الباقين، وقولهم: إنه يقتضى المسافرة والكسب وأخذ الصدقة، قلنا: أما المسافرة فليست من المقتضيات الأصلية فوجود مانع منها لا يمنع

قليلاً كان أو كثيرًا من أول نجومه أو من آخرها، وإن قال: ضعوا عنه نجمًا من نجومه فلهم أن يضعوا أى نجم شاءوا، كما لو قال: ضعوا أى نجم شئتم، وسواء كانت نجومه متفقة أو مختلفة، لأن اللفظ يتناول واحدًا منها غير معين، وإن قال: ضعوا عنه أى نجم شاء، كان ذلك إلى مشيئته فيلزمهم وضع النجم الذى يختار وضعه، لأن سيده جعل المشيئة له، وإن قال: ضعوا عنه أكبر نجومه لزمهم أن يضعوا أكبرهم مالاً، لأنه أكبرها قدرًا، وإن قال ضعوا عنه أكثر نجومه لزمهم أن يضعوا عنه أكثر من نصفها، لأن أكثر الشىء يزيد على نصفه فإذا كانت نجومه خمسة وضعوا ثلاثة، وإن كانت ستة وضعوا أربعة، ويحتمل أن ينصرف ذلك إلى واحد منها أكبرها مالاً بمنزلة قوله أكبر نجومه، فإن كانت نجومه متساوية تعين الاحتمال الأول، وإن قال: ضعوا عنه أوسط نجومه فلم يكن فيها إلا وسط تعينت الوصية فيه، مثل أن تكون نجومه متساوية القدر والأجل وعددها منفرد فيتعين وضع أوسطها عددًا، فإذا كانت خمسة فالأوسط الثالث، وإن كانت سبعة فالأوسط الرابع، وإن كان عددها مزدوجًا وهى مختلفة المقدار فبعضها مائة وبعضها مائتان وبعضها ثلاثمائة فأوسطها المائتان فتعين الوصية فيه، لأنه أوسطها وإن كانت متساوية القدر مختلفة الأجل مثل أن يكون اثنان منها إلى شهر وواحد إلى شهرين وواحد إلى ثلاثة أشهر تعينت الوصية فيما هو إلى شهرين، لأنها أوسطها.

وإن اتفقت هذه المعانى الثلاثة فى واحد تعينت الوصية فيه وإن كان لها أوسط فى القدر

أصل العقد، وأما الكسب وأخذ الصدقة فإنه لا يمنع كسبه وأخذ الصدقة بجزئه المكاتب ولا يستحق الشريك شيئًا منه، لأنه إنما يستحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق للشريك فيه، فكذلك ما حصل به كما لو ورث شيئًا بجزئه الحر، وأما الكسب فإن هايأه مالك نصفه فكسب فى نوبته شيئًا لم يشاركه فيه أيضًا، وإن لم يهايئه فكسب بجملته شيئًا كان بينهما له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقى، لأنه كسبه بجزئه المملوك فيه فأشبه ما لو كسب قبل كتابته فقسم بين سيديه، وقولهم: إنه يفضى إلى أن يؤدى بعض الكتابة فيعتق جميعه، قلنا: يبطل هذا بما لو علق عتق نصيبه على أداء مال، فإنه يؤدى عوض البعض ويعتق الجميع، على أنا نقول: لا يعتق حتى يؤدى جميع الكتابة، فإن جميع الكتابة هو الذى كاتبه عليه مالك نصفه، ولم يبق منها شىء فلا يعتق حتى يؤدى جميعها، ولأنه لا يعتق الجميع بالأداء وإنما يعتق الجزء المكاتب لا غير، وباقيه إن كان المكاتب معسرًا لم يعتق وإن كان موسرًا عتق بالسراية لا بالكتابة ولا يمتنع هذا كما لو أعتق بعضه عتق جميعه، وإذا جاز عتق جميعه بإعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجرى مجرى العتق.

58- **مسألة: (وإذا أدى ما كوتب عليه ومثله لسيده الآخر عتق كله إن كان الذى كاتبه موسرًا وعليه قيمة حصة شريكه).**

وجملة ذلك أن أحد الشريكين إذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتعد الجزء الحر الذى

وأوسط فى الأجل وأوسط فى العدد يخاف بعضها بعضًا فذلك إلى اختيار الورثة فلهم وضع ما شاءوا منها، وإن اختلف الورثة والمكاتب فيما أراد الموصى منها فالقول قول الورثة مع أيمانهم أنهم لا يعلمون ما أراد الموصى ثم التعيين إليهم، ومتى كان فيها أوسطان عين الورثة أحدهما، ومتى كان العدد وترًا فأوسطه واحد، فإن كان شفعًا كأربعة وستة فأوسطه اثنان، وهكذا القول فيما إذا وصى بأوسط نجومه، وإن قال: ضعوا عنه ما خف، أو قال: ما يثقل، أو ما يكثر، كان ذلك إلى تقدير الورثة، لأن كل شيء يخف إلى جنب ما هو أخف منه كما قال أصحابنا فيما إذا وصى بمال عظيم أو كثير أو ثقيل أو خفيف، وإن قال: ضعوا عنه أكثر ما عليه وضع عنه النصف وأدنى زيادة، وإن قال: ضعوا عنه أكثر ما عليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة أرباع وأدنى زيادة، وإن قال: ضعوا عنه أكثر ما عليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها، فيصح فى الكتابة ويبطل فى الزيادة لعدم محله، وإن قال: ضعوا عنه ما شاء فشاء وضع كل ما عليه وضع ما عليه، لأن وصيته تتناوله، وإن قال: ضعوا عنه ما شاء من مال الكتابة لم يكن له وضع الكل، لأن «من» للتبعيض فلا تتناول الجميع، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كنحو ما ذكرناه.

٢٠٠٢- مسألة: قال: **(وإذا اشترى المكاتب أباه أو ذا رحمه من المحرم عليه نكاحه لم يعتقوا حتى يؤدى وهم فى ملكه فإن عجز فهم عبيد لسيده)**.

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين:

أحدهما: أنه يصح أن يشترى من ذوى أرحامه من يعتق عليه بغير إذن سيده وهذا قول الثورى وإسحاق وأصحاب الرأى، وقال الشافعى: لا يصح، لأنه تصرف يؤدى إلى إتلاف

كاتبه، لأن الكتابة عقد معاوضة فلم تسر كالبيع وليس للعبد أن يؤدى إلى مكاتبه شيئًا حتى يؤدى إلى شريكه مثله سواء أذن الشريك فى كتابته أو لم يأذن، لأنه إنما أذن فى كتابة نصيب شريكه وذلك يقتضى أن يكون نصيبه باقيًا له، هذا إذا كان الكسب لجميعه، فإن أدى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق، لأن الكتابة الصحيحة تقتضى العتق ببراءته من العوض، وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له، وإن أدى إليهما جميعًا عتق كله، لأن نصفه يعتق بالأداء فإذا عتق سرى إلى سائره إن كان الذى كاتبه موسرًا وتلزمه قيمة نصيب شريكه، لأن عتقه بسبب من جهته أشبه ما لو باشره بالعتق أو علق عتق نصيبه بصفة فعتق بها، فأما إن ملك شيئًا بجزئه المكاتب كمن هايأه سيده فكسب شيئًا فى نوبته أو أعطى من الصدقة من سهم الرقاب فلا حق لسيده فيه، وله أداء جميعه فى كتابته، لأنه يستحق ذلك بما فيه من الكتابة فأشبه النصف الباقى بعد إعطاء الشريك حقه، ولو كان ثلثه حرًا وثلثه مكاتبًا وثلثه رقيقًا فورث بجزئه الحر ميراثًا وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله فى كتابته، لأنه ما استحق بجزئه الرقيق شيئًا منه فلا يستحق مالكه منه شيئًا، وإذا أدى جميع كتابته عتق، فإن كان الذى

ماله، لأنه يخرج من ماله ما يجوز له التصرف فيه فى مقابلة ما لا يجوز له التصرف فيه فأشبه الهبة، فإن أذن له سيده فيه فـمنهم من قال يجوز قولاً واحدًا وهو قول مالك، لأن المنع لحق سيده فجاز بإذنه، ومنهم من قال فيه قولان:

ولنا: أنه اشترى مملوكًا لا ضرر فى شرائه فـصح كالأجنبى وبيانه أنه يأخذ كسبهم، وإن عجز صاروا رقيقًا لسيده، ولأنه يصح أنه يشتريه غيره فصح شراؤه له كالأجنبى ويفارق الهبة، لأنها تفوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع إلى المكاتب ولا السيد، ولأنه تحقق السبب وهو صدور التصرف من أهله فى محله ولم يتحـقق المانع، لأن ما ذكروه لا نص فيه ولا أصل له يقاس عليه.

الفصل الـثانى: أنهم لا يعتقون بمجرد ملكه لهم، لأنه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق فلا يقع بالشراء الذى أقيم مقامه ولا يجوز له بيعهم ولا هبتهم ولا إخراجهم عن ملكه، وقال أصحـاب الرأى: له بيع من عدا المولودين والوالدين لأنهم ليست قـرابتهم قرابة حرية ولا تعصيبية فأشبهوا الأجانب.

ولنا: أنه ذو رحم يعتق عليه إذا عتق ولا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ولأنه لا يملك بيعـهم إذا كان حـرًا فلا يملكه مكاتبًـا كوالديه، ولأنهم نزلوا منزلة أجـزائه فلم يملك بيـعهم كيده، فإذا أدى وهم فى ملكه عتقوا، لأنه كمل ملكه فـيهم وزال تعلق حق سيده عنهم فعتقوا

كاتبه معسرًا لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه كما إذا واجهه بالعتق إلا على الرواية التى نقول فيها بالاستسعاء، فإنه يستسعى فى نصيب الذى لم يكاتب، وإن كان موسرًا سرى إلى باقيه.

59- مـسـألة: (وإن أعتق الشريـك قبل أدائه عتق عليه كله إن كـان موسرًا وعليه قـيمة نصيب المكاتب وقال أبو بكر والقاضى: لا يسرى إلى النصف المكاتب).

لأنه قد انعقد للمكاتب سبب الولاء فلا يجوز إبطاله إلا أن يعجز فيقوم عليه حينئذ، وقال ابن أبى ليلى: عـتق الشريك مـوقوف حتى تنـظر ما يصنع فى الكتـابة، فإن أداها عـتق وكان المكاتب ضامنًا لـقيمة نصـيب شريكه وولاؤه كله للمكاتب، وإن عـجز سرى عـتق الشريك وضمن نصف القيمـة للمكاتب وولاؤه كله له، وأما الشافعى فلا يجوز كـتابته إلا بإذن شريكه فى أحد قوليـه، فإن كاتبه بإذن شـريكه فأعتق الذى لم يكاتب فهل يسـرى فى الحال أو يقف على العجز؟ فيه قولان.

ولنا: أنه عتق لجـزء من العبـد من موسر غـير محـجور عليه فـسرى إلى باقيـه كالقن، وقولهم: إنه يفضى إلى إبطال الولاء، قلنا: إذا كـان العتق يؤثر فى إبطال الملك الثابت الذى الولاء من بعض آثاره فلأن يؤثر فى نقل الولاء بمفـرده أولى، ولأنه لو أعتق عبدًا له أولاد من معتقه: قوم نقل ولاءهم إليه، فإذا نقل ولاءهم الثـابت بإعتاق غيرهم فلأن ينقل ولاء لم يثبت بعد بإعتاق من عليه الولاء أولى، ولأنه نقل الولاء عمن لم يغرم له عوضًا فلأن ينقله بالعوض

حينئذ وولاؤهم له دون سيدهم، لأنهم عتقوا عليه بعد زوال ملك سيده عنه فيكونون بمنزلة ما لو اشتراهم بعد عتقه، وإن عجز ورد فى الرق صاروا عبيداً للسيد، لأنهم من ماله فيصيرون للسيد بعجزه كعبيده الأجانب.

فصل: وكسبهم للمكاتب، لأنهم مماليكه ونفقتهم عليه بحكم الملك لا بحكم القرابة، وإن أعتقهم السيد لم يعتقوا، لأنه لا يملكهم فلا يملك التصرف فيهم وإن أعتقهم المكاتب بغير إذن سيده لم يعتقوا لتعلق حق سيده بهم، وإن أعتقهم بإذنه عتقوا كما لو أعتق غيرهم من عبيده، وإن أعتقه سيده عتق وصاروا رقيقًا للسيد كما لو عجز، لأن كتابته تبطل بعتقه كما تبطل بموته، وعلى ما اخترناه يعتقون، لأنه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يعتقوا كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة أو بأدائه، يحقق هذا أن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكتسابه ويبقى حق السيد فى ملك رقبته على وجه لا يزول إلا بالأداء أو ما يقوم مقامه فلا يتسلط السيد على إبطالها فيما يرجع إلى إبطال حق المكاتب وإنما يتسلط على إبطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ فى ماله دون ما للمكاتب، وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى، وإن مات المكاتب ولم يخلف وفاء عاد رقيقًا، وقال أبو يوسف ومحمد: يسعون فى الكتابة على نجومها، وكذلك أم ولده، وقال أبو حنيفة فى الولد خاصة: إن جاء وفى بالكتابة حالة قبلت منه وعتق.

أولى، فانتقال الولاء فى موضع جر الولاء ينبه على سراية العتق وانتقال الولاء إلى المعتق لكونه أولى من ثلاثة أوجه: **أحدها**: أن الولاء ثم ثابت وهذا بعوض الثبوت، **الثانى**: أن النقل حصل ثم بإعتاق غيره وههنا بإعتاقه، **الثالث**: أنه انتقل بغير عوض وههنا بعوض.

فصل: وإن كان المعتق معسراً لم يسر عتقه، وكان نصيبه حرّاً وباقيه على الكتابة، فإن أدى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما، وإن عجز عاد الجزء المكاتب رقيقًا قنّا إلا على الرواية التى تقول: يستسعى العبد، فإنه يستسعى عند عجزه فى قيمة باقيه ولا يستسعى فى حال الكتابة، لأن الكتابة سعاية فيما اتفقا عليه فاستغنى بها عن السعاية فيما يحتاج إلى التقويم، فإذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع إلى السعاية فى القيمة، وحديث ابن عمر حجة لما ذهبنا إليه وهو ما روى ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «من أعتق شركًا له فى عبد فإن كان معه ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق» متفق عليه، ورواه مالك فى الموطأ عن نافع عن ابن عمر، وهذا الحديث حجة على من خالفه وهذا قول الخرقى، والله تعالى أعلم.

60- مسألة: (وإن كاتبا عبدهما جاز سواء كان على التساوى أو التفاضل ولا يجوز أن يؤدى إليهما إلا على التساوى).

إذا كان العبد لرجلين فكاتباه معًا سواء تساويا فى العوض أو اختلفا فيه سواء اتفق

ولنا: أنه عبد للمكاتب فصار بموته لسيده إذا لم يخلف وفاء كالأجنبى، وإن خلف وفاء انبنى على الروايتين فى فسخ الكتابة على ما تقدم.

فصل: وإن وهب له بعض ذوى رحمه له قبوله، وإن وصى له به فله قبول الوصية، لأنه إذا ملك شراءه مع ما فيه من بذل ماله فلأن يجوز بغير عوض أولى، وإذا ملكه فحكمه حكم ما لو اشتراه.

فصل: ويجوز أن يشترى المكاتب امرأته والمكاتبة زوجها، لأن ذلك يجوز لغير المكاتب فجاز للمكاتب كشراء الأجانب وينفسخ النكاح بذلك، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا ينفسخ، لأن المكاتب لا يملك بدليل أنه لا يجوز له التسرى ولا يعتق والده وولده إذا اشتراه فأشبه العبد القن.

ولنا: أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه تثبت له الشفعة على سيده ولسيده عليه ويجرى الربا بينه وبينه، وإنما منع من التسرى لتعلق حق سيده بما فى يده، كما يمنع الراهن من الوطء مع ثبوت ملكه ولم يعتق عليه ذوو رحمه لذلك، فإذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه، لأنه أجنبى منه.

فصل: وإذا زوج السيد ابنه من مكاتبة برضاها ثم مات السيد وكانت من ورثته انفسخ النكاح، وبهذا قال الشافعى، وقال أبو حنيفة: لا ينفسخ النكاح، لأنها لا ترثه وإنما تملك

نصيباهما فيه أو اختلفا وسواء كان فى عقد واحد أو عقدين صح، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعى: لا يجوز أن يتفاضلا فى المال مع التساوى فى الملك ولا التساوى فى المال مع التفاضل فى الملك، لأن ذلك يؤدى إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر، لأنه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قدر ملكه ثم عجز رجع عليه الآخر بذلك.

ولنا أن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز أن يختلفا فى العوض كالبيع، وما ذكره لا يلزم، لأن انتفاع أحدهما بمال الآخر إنما يكون عند العجز وليس ذلك من مقتضيات العقد، وإنما يكون عند زواله فلا يضر، ولأنه إنما يؤدى إليهما على التساوى فإذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين، فلم يكن أحدهما منتفعًا إلا بما يقابل ملكه وعاد الأمر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق كأنه لم يزل، **فإن قيل:** فالتساوى فى الملك يقتضى التساوى فى أدائه إليهما ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر فيعتق نصيبه ويسرى إلى نصيب صاحبه ويرجع الآخر عليه بنصف قيمته، **قلنا:** يمكن أداء كتابته إليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما، ويمكن أن يكاتب أحدهما على مائة فى نجمين فى كل نجم خمسون، ويكاتب الآخر على مائتين فى نجمين فى الأول خمسون وفى الثانى مائة وخمسون فيكون وقتهما واحدًا، فيؤدى إلى كل واحد منهما حقه على أن أصحابنا قد قالوا: لا يسرى العتق إلى نصيب الآخر ما دام مكاتبا فلا يفضى إلى ما ذكروه، وإن قدر إفضاؤه إليه فلا مانع فيه من صحة

نصيبهـا من الدين الذى عليه بـدليل أن الوارث لو أبرأ المكاتب من الدين عتـق وكان الولاء للميت لا للوارث، فإن عجز وعاد رقيقًا انفسخ النكاح حينئذ، لأنها ملكت نفسها منه.

ولنا: أن المكاتب مملوك لسيده لا يعتق بموته فوجب أن ينتقل إلى ورثته كسائر أملاكه، ولأنها لا يجود لها ابتداء نـكاحه لأجل الملك فانفسخ نكاحها بتجدد ذلك فـيه كالعبد القن، وأما كون الولاء للميت فلأن السـبب وجد منه فنسب العتق إليه وثبت الولاء له، إذا ثبت هذا فلا فـرق بين أن ترثه كله أو ترث نصيبـها منه، لأنها إذا مـلكت منه جزءًا انفسخ النكاح فـيه فبطل فى باقيه، لأنه لا يتجزأ، وكذلك لو اشترت زوجها أو جزءًا منه أو ورثت شيئًا من العبد القن بطل نكاحـها، وإن كانت لا ترث أباها لمـانع من موانع الميـراث فنكاحهـا باق بحاله، والحكم فى سائر الورثة من النسـاء كالحكم فى البنت، وكذلك لو تزوج رجل مكاتبـة فورثها أو ورث شيئًا منها انفسخ نكاحه لذلك، والله أعلم.

٢٠٠٣- **مسألة:** قال: وإذا كان العبد لثلاثة فجاءهم بثلاثمائة درهم فقال: بيعونى نفسى بها فأجابوه فـلما عاد إليهم ليكتبوا له كـتابًا أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئًـا، وشهد الرجلان عليه بالأخذ فـقد صار العبد حرًّا بـشهادة الشريكين إذا كانا عدلـين ويشاركهما فيـما أخذا من المال وليس على العبد شىء.

اعترض على الخرقى فى هذه المسألة حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما فى يده مع أنه قد

الكتابة فـإنه لا يخل بمقصود الـكتابة وهو العتق بها، ويمـكن سراية العتق من غيـر ضرر بأن يكاتبه على مثلى قيمته، فإذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم إليه باقى المال وحصل له ولاء العبد ولا ضرر فى هذا، ثـم لو كان فيه ضرر لكنه قد رضى به حين كـتابته على أقل مما كاتبه به شريكه والضرر المرضى به من جهـة المضرور لا عبرة به كما لو باشره بالعتق أو أبرأه من مـال الكتابة، فـإنه يعتق عليـه ويسرى عـتقه ويـغرم لشريكـه وهو جائز فـهذا أولى بالجواز.

فـصل: ولا يجوز أن يختلفـا فى التنجيم ولا أن يكون لأحدهما فى النـجوم قبل النجم الأخير أكثر من الآخـر فى أحد الوجهين، لأنه لا يجوز أن يؤدى إليهـما إلا على السواء، ولا يجوز تقديم أحدهما بالوفاء على الآخر واختلافهما فى ميقات النجوم وقدر المؤدى يفضى إلى ذلك، **والثـانى**: يجوز، لأنه يمكن أن يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ويعطى من قل نجمه أكثر من الواجب له ويمكن أن يأذن له أحدهما فى الدفع إلى الآخر قبله أو أكثر منه ويمكن أن ينظره من حل نجـمه أو يرضى من له الكثـير بأخذ دون حـقه، وإذا أمكن إفـضاء العـقد إلى مقصوده فلا يبطله باحتمال عدم الإفضاء إليه.

فـصل: وليس للمكاتب أن يؤدى إلى أحدهمـا أكثر من الآخر ولا يقـدم أحدهما على الآخـر، ذكره القاضى، وهو مذهب أبى حنيفة والشافـعى، قال شيخنا: لا أعلم فيه خلافًا،

ذكر فى باب العتق إذا قال العبد لرجل: اشترنى من سيدى بهذا المال وأعتقنى، فاشتراه بعين المال كان الشراء والعتق باطلين ويكون السيد قد أخذ ماله، وقد أجاب القاضى عن هذا الإشكال بوجوه: **منها**: أن يكون مكاتبًا، وقوله: بيعونى من نفسى بهذه، أى: أعجل لكم الثلاثمائة وتضعون عنى ما بقى من كتابتى ولهذا فى باب المكاتب، **الثانى**: أن يكون المال فى يد العبد لأجنبى، قال له: اشتر نفسك بها من غير أن يملكه إياها، **الثالث**: أن يكون عتقًا بصفة تقديره إذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر، **الرابع**: أن يكون رضى سادته ببيعه نفسه بما فى يده وفعلهم ذلك معه إعتاق منهم له مشروطًا بتأدية ذلك إليهم فتكون صورته صورة البيع، ومعناه العتق بشرط الأداء، كما لو قال: بعتك نفسك بخدمتى سنة، فإن منافعه مملوكة لسيده، وقد صح هذا فيها فكان ههنا، وهذا الوجه أظهرها إن شاء الله تعالى، لأنه لا يحتاج إلى تأويل، ومتى أمكن حمل الكلام على ظاهره لم يجز تأويله بغير دليل إذا تعذر هذا فمتى اشترى العبد نفسه من سادته عتق، لأن البيع يخرجه من ملكهم، ولا يثبت عليه ملك آخر إلا أنه ههنا لا يعتق إلا بالقبض، لأنا جعلناه عتقًا مشروطًا بالقبض، وبهذا قال الخرقى، فقد صار العبد حرًا بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض، ولو عتق بالبيع لعتق باعترافهم به لا بالشهادة بالقبض، ومتى أنكر أحدهم أخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكاه فكانا عدلين قبلت شهادتهما، لأنهما عدلان شهدا للعبد بأداء ما يعتق به فقبلت شهادتهما كالأجنبيين،

لأنهما سواء فيه فيستويان فى كسبه وحقهما متعلق بما فى يده تعلقًا واحدًا فلم يكن له أن يخص أحدهما بشىء منه دون الآخر، ولأنه ربما عجز فيعود إلى الرق ويتساويان فى كسبه فيرجع أحدهما على الآخر بما فى يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة، فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئًا لم يصح القبض، وللآخر أن يأخذ منه حصته إذا لم يكن أذن فى القبض فإن أذن فيه ففيه وجهان ذكرهما أبو بكر: **أحدهما**: يصح، لأن المنع لحقه فجاز بإذنه كما لو أذن المرتهن للراهن فى التصرف فيه أو أذن المشترى للبائع فى قبض المبيع قبل أن يوفيه ثمنه أو أذنا للمكاتب فى التبرع، ولأنهما لو أذنا له فى الصدقة بشىء صح قبض المصدق عليه له كذلك ههنا، **والثانى**: لا يجوز وهو اختيار أبى بكر ومذهب أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى واختيار المزنى، لأن ما فى يد المكاتب ملك له فلا ينفذ إذن غيره فيه وإنما حق سيده فى ذمته، والأول أصح إن شاء الله تعالى، لأن الحق لهم لا يخرج عنهم فإذا اتفقوا على شىء فلا وجه للمنع، وقولهم: إنه ملك للمكاتب، تعليق على العلة ضد ما تقتضيه، لأن كونه ملكًا له يقتضى جواز تصرفه فيه على حسب اختياره، وإنما المنع لتعليق حق سيده به، فإذا أذن زال المانع فصح التقبيض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع ثم يبطل بما ذكرنا من المسائل، فعلى هذا الوجه إذا دفع إلى أحدهما مال الكتابة بإذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب، لأنه استوفى حقه ويسرى العتق إلى باقيه إن كان موسرًا وعليه قيمة حصة شريكه،

ورجع المشهود عليه عليهما فيشاركهما فيما أخذاه، لأنهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد والعبد مشترك بينهم فثمنه يجب أن يكون بينهم، ولأن ما فى يد العبد لهم والذى أخذاه كان فى يده فيجب أن يشترك الجميع فيه ويكون بينهم بالسوية وشهادتهما فيما لهما فيه نفع غير مقبولة ودفع مشاركته لهما فيه نفع لهما فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت شهادتهما فيما ينتفع به العبد دون ما ينتفعان به كما لو أقر بشىء لغيرهما لهما فيه نفع فإن إقرارهما يقبل فيمًا عليهما دون ما لهما.

وقياس المذهب أن لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض، لأنهما يدفعان بها عن أنفسهما مغرمًا، ومن شهد شهادة جر إلى نفسه نفعًا بطلت شهادته فى الكل، وإنما يقبل ذلك فى الإقرار، لأن العدالة غير معتبرة فيه والتهمة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين بإقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفًا على القبض وله مطالبته بنصيبه أو مشاركة صاحبه فيما أخذ، فإن شاركهما أخذ منهما ثلثى مائة ورجع على العبد بتمام المائة ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشىء، لأنه إن أخذ من العبد فهو يقول ظلمنى وأخذ منى مرتين، وإن أخذ من الشاهدين فهما يقولان ظلمنا وأخذ منا ما لا يستحقه علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه، وإن كانا غير عدلين فكذلك سواء قلنا إن شهادة العدلين مقبولة أو لا، لأن غير العدل لا تقبل شهادته، وإنما يؤاخذ بإقراره، فإن أنكر الثالث

لأن عتقه بسببه وهذا قول الخرقى ويضمنه فى الحال بنصف قيمته مكاتبًا مبقى على ما بقى من كتابته وولاؤه كله له وما فى يده من المال للذى لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه والباقى بين العبد وبين سيده الذى عتق عليه، لأن نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية فحصة ما عتق بالكتابة للعبد وحصة ما عتق بالسراية للسيد، وعلى ما اختاره شيخنا يكون الباقى كله للعبد، لأن الكسب كان ملكًا له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالأداء، وقال أبو بكر والقاضى: لا يسرى العتق فى الحال، وإنما يسرى عند عجزه فعلى قولهما يكون باقيًا على الكتابة فإن أدى إلى الآخر عتق عليهما وولاؤه لهما وما يبقى فى يده من كسبه فهو له، وإن عجز وفسخت الكتابة قوم على الذى أدى إليه، وكان ولاؤه كله له وتنفسخ الكتابة له وتنفسخ الكتابة فى نصفه، وإن مات فقد مات ونصفه حر ونصفه رقيق ولسيده الذى لم يعتق نصيبه أن يأخذ مما خلفه مثلما أخذه شريكه من مال الكتابة وله نصف ما يبقى والباقى لورثة العبد فإن لم يكن له وارث من نسبه فهو للذى أدى إليه بالولاء، وإن قلنا: لا يصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب، لأنه لم يستوف عوضه ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبض بغير إذنه، وإن لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب إليه كتابته صح وعتق عليهما جميعًا، وإن مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه فقد مات عبدًا ويستوفى الذى لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذ صاحبه والباقى بينهما،

البيع فنصيبه باق على الرق إذا حلف إلا أن يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما، لأنهما لا يجران إلى أنفسهما بهذه الشهادة نفعًا.

فصل: وإذا كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة فادعى دفعها إليهما وصدقاه عتق، فإن أنكر أو لم تكن بينة فالقول قولهما مع أيمانهم، وإن أقر أحدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر، وأما المنكر فعلى قول الخرقى تقبل شهادة شريكه عليه إذا كان عدلاً فيحلف العبد مع شهادته ويصير حرًا، ويرجع المنكر على الشاهد فيشاركه فيما أخذه، وأما القياس فيقتضى أن لا تسمع شهادة شريكه عليه، لأنه يدفع بشهادته عن نفسه مغرمًا، والقول قول سيده مع يمينه، فإذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون، لأن ما قبضه كسب العبد هو مشترك بينهما، **فإن قيل**: فالمنكر ينكر قبض شريكه فكيف يرجع عليه؟ **قلنا**: إنما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ويجوز أن يكون قد قبض فلم يعلم به، وإذا أقر بمتصور لزمه حكم إقراره ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه، **فإن قيل**: لو كان عليه دين لاثنين فوفى أحدهما لم يرجع الآخر على شريكه فلم يرجع هٰهنا، **قلنا**: إن كان الدين ثابتًا بسبب واحد فما قبض أحدهما منه يرجع الآخر عليه كمسألتنا وعلى أن هذا يفارق الدين لكون الدين لا يتعلق بما في يد الغريم إنما يتعلق بذمته فحسب، والسيد يتعلق حقه بما فى يد المكاتب ولا يدفع شيئًا منه إلى أحدهما إلا كان حق الآخر ثابتًا فيه.

قال أحمد فى رواية ابن منصور فى عبد بين رجلين كاتباه فأدى إلى أحدهما كتابته ثم مات وهو يسعى للآخر لمن ميراثه؟ قال أحمد: كل ما كسب العبد فى كتابته فهو بينهما ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما أخذ وميراثه بينهما، قال ابن منصور: قال إسحاق بن راهوية كما قال.

فصل: فإن عجز مكاتبهما فلهما الفسخ والإمضاء، فإن فسخا جميعًا أو أمضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه، وإن فسخ أحدهما وأمضى الآخر جاز وعاد نصفه رقيقًا قنًا ونصفه مكاتبًا، وقال القاضى: تنفسخ الكتابة فى جميعه وهو مذهب الشافعى، لأن الكتابة لو بقيت فى نصفه لعاد ملك الذى فسخ الكتابة إليه ناقصًا.

ولنا: أنها كتابة عن ملك أحدهما لم تنفسخ بفسخ الآخر كما لو انفرد بكتابته، ولأنهما عقدان مفردان فلم ينفسخ أحدهما بفسخ الآخر كالبيع، وما حصل من القبض لا يمنع لأنه إنما حصل ضمنًا لتصرف الشريك فى نصيبه فإذا لم يمنع العقد فى ابتدائه فلأن لا يبطله فى دوامه أولى، ولأن ضرره حصل بعقده وفسخه فلا يزال بفسخ عقد غيره، ولأن فى فسخ الكتابة ضررًا بالمكاتب وسيده وليس دفع الضرر عن الشريك الذى فسخ بأولى من دفع الضرر عن الذى لم يفسخ لوجوه ثلاثة: **أحدها**: أن ضرر الذى فسخ حصل ضمنًا لبقاء عقد شريكه فى ملك نفسه وضرر شريكه يزول بزوال عقده وفسخ تصرفه فى ملكه، **الثانى**: أن ضرر الذى فسخ لم يعتبره الشرع فى موضع ولا أصل لما ذكروه من الحكم ولا يعرف له نظير فيكون

إذا ثبت هذا فإنه إن رجع على العبد بخمسين استقر ملك الشريك فيه على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء، لأنه إنما قبض حقه، وإن رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين وعلى العبد بخمسة وعشرين ولم يرجع أحدهما على الآخر بما أخذ منه لما ذكرنا من قبل، وإن عجز العبد عن أداء ما يرجع به عليه فله تعجيزه واسترقاقه ويكون نصفه حرّاً ونصفه رقيقًا ورجع على الشريك بنصف ما أخذه ولا تسرى الحرية فيه، لأن الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة فى جميعه، وأن هذا المنكر غاصب لهذا النصف الذى استرقه ظالم باسترقاقه، والمنكر يدعى رق العبد جميعه ولا يعترف بحرية شيء منه، لأنه يزعم أنى ما قبضت نصيبى من كتابته وشريكى إن قبض شيئًا فقد استحق نصفه بغير إذنى فلا يعتق شيء منه بهذا القبض وسراية العتق ممتنعة على كلا القولين، لأن السراية إنما تكون فيما إذا عتق بعضه وبقى بعضه رقيقًا وجميعهم يتفقون على خلاف ذلك وهذا المنصوص عن الشافعى رضي الله عنه.

فصل: فإن ادعى العبد أنه دفع المائة إلى أحدهما ليدفع إلى شريكه حقه ويأخذ الباقى وأنكر المدعى عليه حلف وبرئ، وإذا قال: إنما دفعت إلى حقى وإلى شريكى حقه ولا بينة للعبد فالقول قول المدعى عليه فى أنه لم يقبض إلا قدر حقه مع يمينه، ولا نزاع بين العبد وبين الآخر، لأنه لم يدع عليه شيئًا وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبته بنصفه ومطالبة

بمنزلة المصالح المرسلة التى وقع الإجماع على إطراحها، وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر فى سائر عقوده من بيعه وهبته وغير ذلك فيكون أولى، **الثالث**: أن ضرر الفسخ يتعدى إلى المكاتب فيكون ضرراً باثنين وضرر الفاسخ لا يتعداه، ثم لو قدر تساوى الضررين لوجب إبقاء الحكم على ما كان عليه، ولا يجوز إحداث الفسخ من غير دليل راجح.

فصل: وإذا عجز المكاتب ورد فى الرق وكان فى يده مال فهو لسيده سواء كان من كسبه أو صدقة تطوع أو وصية، وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان: **إحداهما**: هو لسيده وهو قول أبى حنيفة، وقال عطاء: يجعله فى السبيل أحب إلى، وإن أمسكه فلا بأس، **والرواية الثانية**: يؤخذ ما بقى فى يده فيجعل فى المكاتبين، نقلها حنبل، وهو قول شريح والنخعى والثورى، واختار أبو بكر والقاضى أنه يرد إلى أربابه وهو قول إسحاق، لأنه إنما دفع إليه ليصرف فى العتق، فإذا لم يصرف فيه وجب رده كالغازى والغارم وابن السبيل.

ووجه الرواية الأولى أن ابن عمر رد مكاتبًا فى الرق فأمسك ما أخذه منه، ولأنه يأخذ حاجته فلم يرد ما أخذه كالفقير والمسكين، وأما الغازى فإنه يأخذ لحاجتنا إليه بقدر ما يكفيه لغزوه، أما الغارم فإن غرم لإصلاح ذات البين فهو كالغازى يأخذ لحاجتنا إليه، وإن غرم لمصلحة نفسه فهو كمسألتنا لا يرده.

فصل: فأما ما أداه إلى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال، لأن المكاتب صرفه فى

القابض بنصف ما قبضه، فإن اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين، وإن اختار الرجوع على شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئًا، لأنه لو أقر بذلك لسقط حقه من الرجوع فإذا أنكره لزمته اليمين، فإن شهد القابض عل شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعنيين: **أحدهما:** أن المكاتب لم يدع عليه شيئًا وإنما تقبل البينة إذا شهدت بصدق المدعى، **والثانى:** أنه يدفع عن نفسه مغرمًا، فإن عجز العبد فلغير القابض أن يسترق نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه، لأن العبد معترف برقه غير مدع لحرية هذا النصيب بخلاف التى قبلها، ويحتمل أن لا تقوم أيضًا، لأن القابض يدعى حرية جميعه والمنكر ما يوجب رق جميعه فإنهما يقولان ما قبضه قبضه بغير حق ولا يعتق حتى يسلم إلى مثل ما سلم إليه، وإن كان أحدهما يدعى رق جميعه والآخر يدعى حرية جميعه فما اتفقا على حرية البعض دون البعض.

فصل: وإن اعترف المدعى بقبض المائة على الوجه الذى ادعاه المكاتب، وقال: قد دفعت إلى شريكى نصفها فأنكر الشريك، فالقول قوله مع يمينه وله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه وللمرجوع عليه أن يحلفه، فإن رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك، لأنه اعترف بقبض المائة كلها ويعتق المكاتب، لأنه وصل إلى كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ولا يرجع الشريك عليه بشىء، لأنه يعترف له بأداء ما عليه وبراءته منه، وإنما

الجهة التى أخذه لها وثبت ملك سيده عليه ملكًا مستقرّا فلم يزل ملكه عنه كما لو عتق المكاتب ويفارق ما فى يد المكاتب، فإن ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا والخلاف فى ابتداء ثبوته وما تلف فى يد المكاتب لم يرجع به عليه سواء عجز أو أدى، لأن ماله تلف فى يده أشبه ما لو تلف فى يد سائر أصناف الصدقة، وإن اشترى به عرضًا وعجز، والعرض فى يده ففيه من الخلاف مثل ما لو وجده بعينه، لأن العرض عوضه وقائم مقامه فأشبه ما لو أعطى الغازى من الصدقة ما اشترى به فرسًا وسلاحًا ثم فضل عن حاجته.

فصل: وموت المكاتب قبل الأداء كعجزه فيما ذكرنا، لأن سيده يأخذ ما فى يده قبل حصول مقصود الكتابة، وإن أدى وبقى فى يده شىء فحكمه فى رده وأخذه حكم سيده فى ذلك عند عجزه، لأنه مال لم يؤده فى كتابته بقى بعد زوالها، فإن كان قد استدان ما أداه فى الكتابة وبقى عنده من الصدقة ما يقضى به دينه لم يلزمه رده، لأنه محتاج إليه بسبب الكتابة فأشبه ما يحتاج إليه فى أدائها.

فصل: إذا قال السيد لمكاتبه: متى عجزت بعد موتى فأنت حر، فهذا تعليق للحرية على صفة تحدث بعد الموت وفيه اختلاف ذكرناه، فإن قلنا: لا يصح فلا كلام، وإن قلنا: يصح فمتى عجز بعد الموت صار حرّا بالصفة، فإن ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق، لأنه لم يجب عليه شىء يعجز عنه، وإن كان بعد حلوله ومعه ما يؤديه لم يقبل قوله، لأنه غير عاجز

يزعم أن شريكه ظلمه ولا يرجع على غير ظالمه، فإن رجع على العبد فله أن يأخذ منه الخمسين، لأنه يزعم أنه ما قبض شيئًا من كتابته، وللعبد الرجوع على القابض بها سواء صدقه فى دفعها إلى المنكر أو كذبه، لأنه وإن دفعها فقد دفعها دفعًا غير مبر فكان مفرطًا، ويعتق العبد بأدائها، فإن عجز عن أدائها فله أن يأخذها من القابض ثم يسلمها، فإن تعذر ذلك فله تعجيزه واسترقاق نصفه ومشاركة القابض فى الخمسين التى قبضها عوضًا عن نصيبه، ويقوم على الشريك القابض إن كان موسراً إلا أن يكون العبد يصدقه فى دفع الخمسين إلى شريكه ولا يقوم، لأنه يعترف أنه حر وأن هذا ظلمه باسترقاق نصفه الحر، وإن أمكن الرجوع على القابض بالخمسين ودفعها إلى المنكر فامتنع من ذلك فهل يملك المنكر تعجيزه واسترقاق نصفه؟ على وجهين بناء على القول فى تعجيز العبد نفسه مع القدرة على الأداء، إن قلنا له ذلك فللمنكر استرقاقه، وإن قلنا ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه لأنه قادر على الأداء، **فإن قيل:** فلم لا يرجع المنكر على القابض بنصف ما قبضه إذا استرق نصف العبد، **قلنا:** لأنه لو رجع عليه بها كان قابضًا جميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك إلا أن يتعذر قبضها فى نجومها فتفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك، فيكون له الرجوع بنصفها كما لو كانت غائبة فى بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة، والله أعلم.

وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق، وإن كذبوه فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم المال وعجزه فإذا حلف عتق وإذا عتق بهذه الصفة كان ما فى يده له، إن لم تكن كتابته فسخت، لأن العجز لا تنفسخ به الكتابة وإنما يثبت به استحقاق الفسخ، والحرية تحصل به بأول وجوده فتكون الحرية قد حصلت له فى حال كتابته فيكون ما فى يده له كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة، ومقتضى قول بعض أصحابنا أن كتابته تبطل ويكون ما فى يده لورثة سيده.

فصل: إذا كاتب عبداً فى صحته ثم أعتقه فى مرض موته أو أبرأه من مال الكتابة ، فإن كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته أو مال كتابته عتق مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون فإنا نعتبر قيمته دون مال الكتابة وهى تخرج من الثلث وإن كان بالعكس اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ويعتبر الباقى من مال الكتابة دون ما أدى منها، وإنما اعتبرنا الأقل لأن قيمته إن كانت أقل فهى قيمة ما أتلف بالإعتاق ومال الكتابة ما استقر عليه فإن للعبد إسقاطه بتعجيز نفسه أو يمتنع من أدائه فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به وإن كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه، لأنه يعتق بأدائه ولا يستحق السيد عليه سواه وقد ضعف ملكه فيه صار عوضه، وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث مثل أن يكون ماله سوى المكاتب مائة فإنا نضم الأقل من قيمته أو مال الكتابة ونعمل بحسابه فيعتق منه ثلثاه ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة، فإن أداه عتق وإلا رق منه ثلثه، ويحتمل أنه إذا كان مال الكتابة

٢٠٠٤- **مسألة:** قال: **(وإذا قال السيد: كاتبتك على ألفين، وقال العبد على ألف فالقول قول السيد مع يمينه).**

قال القاضي: هذا المذهب نص عليه أحمد ﷺ في رواية الكوسج، وهو قول الثوري والأوزاعي وإسحاق، وقال أبو بكر: اتفق أحمد والشافعي على أنهما يتحالفان ويترددان وهو قول أبي يوسف ومحمد، لأنهما اختلفا في عوض العقد القائم بينهما فيتحالفان إذا لم تكن بينة كالمتبايعين وحكى عن أحمد ﷺ رواية ثالثة، أن القول قول المكاتب، وهو قول أبي حنيفة، لأنه منكر للألف الزائد، والقول قول المنكر، ولأنه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه»(٧١).

ولنا: أنه اختلاف في الكتابة فالقول قول السيد فيه كما لو اختلفا في أصلها، ويفارق البيع من وجهين: **أحدهما:** أن الأصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار إليه الأصل في المكاتب وكسبه أنه لسيده فالقول قوله فيه، **والثاني:** أن التحالف في البيع مفيد ولا فائدة في التحالف في الكتابة فإن الحاصل منه يحصل بيمين السيد وحده، وبيان ذلك أن الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد إلى الرق إذا لم يرض بما حلف عليه سيده وهذا يحصل من جعل القول قول السيد مع يمينه فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته، وإنما قدمنا قول المنكر في سائر المواضع، لأن الأصل معه والأصل هنهنا مع السيد، لأن الأصل ملكه العبد وكسبه،

مائة وخمسين فيفي ثلثه بخمسين فأداها أن نقول قد زاد مال الميت، لأنه حسب على الورثة بمائة وحصل لهم ثلثه خمسون فقد زاد مال الميت فينبغي أن يريد ما يعتق منه، لأن هذا المال يحصل لهم بعقد السيد والإرث عنه ويجب أن يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه، لأن ربعه يجب إيتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميت فإن كان ثلاثة أرباع مال الكتابة مائة وخمسين وقيمة العبد مائة وللميت مائة أخرى عتق من العبد ثلثاه وحصل للورثه من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم ثلث المائة فقد زاد لهم ثلث الخمسين فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع الخمسين، وذلك نصف تسعه فصار العتق ثابتًا في ثلثيه ونصف تسعه وحصل للورثة المائة وثمانية أتساع الخمسين وهو مثلا ما عتق منه، **فإن قيل:** لم أعتقتم بعضه وقد بقي عليه بعض مال الكتابة؟ **قلنا:** إنما أعتقنا بعضه ههنا بإعتاق سيده لا الكتابة، ولما كان العتق في مرض موته نفذ في ثلث ماله وبقي باقيه لحق الورثة، والموضع الذي لا يعتق إلا بأداء جميع الكتابة إذا كان عتقه بها لأنه إذا بقي عليه شيء فما حصل لاستيفاء يخص المعاوضة فلم تثبت الحرية في العوض.

فصل: فإن وصى سيده بإعتاقه أو إبرائه من الكتابة وكان يخرج من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال الكتابة فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه في مرضه أو أبرأه إلا أنه لا يحتاج

---

(٧١) تقدم في (ح٦/ ١٣٣).

فإذا ثبت هذا فمتى حلف السيد ثبتت الكتابة بألفين كما لو اتفقا عليها وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده مثل أن يدفع إليه ألفين فيعتق ثم يدعى المكاتب أن أحدهما عن الكتابة والآخر وديعة، ويقول السيد بل هما جميعًا مال الكتابة، ومن قال بالتحالف قال: إذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة إلا أن يرضى بقول صاحبه، وإن كان التحالف بعد العتق فى مثل الصور التى ذكرناها لم ترتفع الحرية لأنها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا إعادة الرق بعد رفعه ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى إليه، فإن كان من جنس واحد تقاصا بقدر أقلهما وأخذ ذو الفضل فضله.

فصل: وإن اختلفا فى أداء النجوم فقال المكاتب أديت وعتقت وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه لأنه منكر، والقول قول المنكر، وإن اختلفا فى إبرائه من مال الكتابة أو شىء منه فالقول قول السيد مع يمينه لذلك.

فصل: وإن كاتب عبدين واستوفى من أحدهما ولم يدر من أيهما استوفى فقياس المذهب أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر كما لو اعتق عبدًا من عبيده وأنسيه، فإن ادعى الآخر عليه أنه أدى فعليه اليمين أنه ما زدى إليه فإن نكل عتق الآخر فإن مات السيد قبل القرعة أقرع الورثة فإن ادعى الآخر عليهم أنه المؤدى فعليهم اليمين أنهم لا يعلمون أنه أدى لأنها يمين على نفى فعل الغير، فإن أقام أحد العبدين بينة أنه أدى عتق سواء

ههنا إلى إيقاع العتق لأنه أوصى به وإن لم يخرج الأقل منهما من ثلثه عتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق، ويبقى باقيه على باقى الكتابة، فإذا أداه عتق جميعه، وإن عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقى، وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه فى الحال وإن لم يحصل للورثة فى الحال شىء، لأن حق الورثة متحقق الحصول فإنه إن أدى وإلا عاد الباقى قنًا، وذكر القاضى فيه وجهًا آخر أنه لا يتنجز عتق شىء منه إذا لم يكن للميت مال سواه لئلا يتنجز للوصية ما عتق ويتأخر حق الوارث، ولذلك لو كان له مال غائب أو دين حاضر لم يتنجز وصيته من الحاضر، والأول أصح لما ذكرناه وأما الحاضر والغائب فإنه إن كان موصى له بالحاضر أخذ ثلثه فى الحال ووقف الباقى على قدوم الغائب فقد حصل للموصى له ثلث الحاضر ولم يحصل للورثة شىء فى الحال فهى كمسألتنا، ولم تكمل له جميع وصيته، لأن الغائب غير موثوق بحصوله فإنه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه، فأما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة فإنها تقف على أدائه.

فصل: قال الخرقى: وإذا كان العبد لثلاثة فجاءهم بثلاثمائة درهم فقال بيعونى نفسى بها فأجابوه فلما عاد إليهم ليكتبوا له كتابًا أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئًا وشهد الرجلان عليه بالأخذ فقد صار العبد حرًا بشهادة الشريكين إذا كانا عدلين ويشاركهما فيما أخذا من المال وليس على العبد شىء، اعترض على الخرقى فى هذه المسألة حيث أجاز له شراء نفسه بعين

كان قبل القرعة أو بعدها فى حياة السيد أو بعد موته، فإن كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه ورق الآخر وإن كان بعدها فكذلك، لأن القرعة ليست عتقًا وإنما هى معينة للعتق والبينة أقوى منها فثبت بها خطأ القرعة فتبين بقاء الرق فى الذى ظننا حريته كما تبينا حرية من ظننا رقه، ولأن من لم يؤد لا يصير مؤديًا بوقوع القرعة له فلا يوجد حكمه الذى هو العتق يتخرج على قول أبى بكر وابن حامد أن يعتقا على ما ذكرناه فى الطلاق، وكذلك الحكم فيما إذا ذكر السيد المؤدى منهما ومتى ادعى الآخر أنه أدى فله اليمين على المدعى عليه سواء كان السيد أو ورثته إلا أنه إن كان المدعى عليه السيد فاليمين على البت وإن كانت على ورثته فاليمين على نفى العلم إلا أن يدعى الأداء إليهم فتكون أيمانهم على البت أيضًا، وعلى كل واحد من الورثة يمين، لأن كل واحد منهم يدعى عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدعوى.

فصل: إذا كان للمكاتب أولاد من معتق آخر غير سيده فقال سيده: قد أدى إلى وعتق فانجر ولاء ولده إلى فأنكر ذلك مولى أمهم وكان المكاتب حيّا فقد صار حرّا بهذا القول فإنه إقرار من سيده بعتقه، وينجر ولاء ولده إليه، وإن كان ميتًا فالقول قول مولى أمهم، لأن الأصل الرق وبقاء ولائهم له فيحلف ويبقى ولاؤهم له.

٢٠٠٥- مسألة: قال: **(وإذا اعتق الأمة أو كاتبها وشرط ما فى بطنها أو أعتق ما فى بطنها دونها له شرطه)**.

ما فى يده مع أنه قد ذكر فى باب العتق: إذا قال العبد لرجل: اشترنى من سيدى بهذا المال وأعتقنى، فاشتراه بعين المال كان الشراء والعتق باطلاً ويكون السيد قد أخذ ماله، فأجاب القاضى عن هذا الإشكال بوجوه: **منها:** أن يكون مكاتبًا وقوله بيعونى نفسى بهذه أى أعجل لكم الثلاثمائة وتضعون عنى ما بقى من كتابتى، ولهذا ذكرها فى باب المكاتب، **الثانى:** أن يكون العبد لأجنبى قال له: اشتر نفسك بها من غير أن يملكه إياها، **الثالث:** أن يكون عتقًا بصفة تقديره إذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر، **الرابع:** أن يكون سادته رضوا ببيعه نفسه بما فى يده وفعلهم ذلك معه إعتاق منهم مشروط بتأدية ذلك إليهم فتكون صورته صورة البيع ومعناه العتق بشرط الأداء كما لو قال: بعتك نفسك بخدمتى سنة فإن منافعه مملوكة لسيده وقد صح هذا فيها فكذا ههنا، قال شيخنا: وهذا الوجه أظهر إن شاء الله تعالى، لأنه لا يحتاج إلى تأويل، ومتى أمكن حمل الكلام على ظاهره لم يجز تأويله بغير دليل، إذا تقرر هذا فمتى اشترى العبد نفسه من سادته عتق، لأن البيع يخرجه عن ملكهم ولا يثبت عليه ملك آخر إلا أنه ههنا لا يعتق إلا بالقبض لأنا جعلناه عتقًا مشروطًا به، ولهذا قال الخرقى: وقد صار العبد حرّا بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض، ولو عتق بالبيع لعتق باعترافهم به لا بالشهادة بالقبض، ومتى أنكر أحدهم أخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكاه وكانا عدلين قبلت شهادتهما، لأنهما شهدا للعبد بأداء ما يعتق به فقبلت شهادتهما كالأجنبيين ويرجع

روى نحو هذا القول عن ابن عمر وأبى هُرَيْرَةَ والـنَّخَعِىِّ وإسحاق وابن المنذر، وقال ابن سيرين له ما استثنى، وقال عطاء الشعبى: إذا استثنى ما فى بطنها فله استثناؤه.

وقال مـالك والشَّافعىُّ لا يصح اسـتثناء الجنين، لأن النبى ﷺ نهـى عن الثنياء إلا أن تعلم(٧٢)، ولأنه لا يصح استثناؤه فى البيع فلا يصح فى العتق كبعض أعضائها.

ولنا: قول ابن عمَر وأبى هُرَيَرَةَ ولـم نعلم لهما مخالفًا فى الصحـابة، قال أحمد: أذهب إلى حديث ابن عمر فى العتق ولا أذهب إليه فى البيع.

وقد روى الأثرم بإسناده عن ابن عـمر أنه أعتق جـارية واستثنَى مـا فى بطنها(٧٣)، ولأن النبى ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»(٧٤) وهذا قد شرط ما فى بطن مـعتقته فكان له بمقتـضى الخبر، ولأنه يصح إقراره بالعتق فصح اسـتثناؤه كالمنفصل، وأما خـبرهم فنقول به والحمل معلوم فيصح استثناؤه بمقتضى الحديث ويفارق البيع فإنه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العـوض ليعلم هل هو قائم مقام الـعوض أم لا؟ والعتق تبرع لا تتوقف صـحته على معرفة صفات المعتق ولا تنافيه الجهالة بها ويكفى العلم بوجوده وقد علم ذلك، ولذلك صح إفراد الحمل بالعـتق ولم يصح إفراده بالبيع، ولأن استثناؤه فى البـيع إذا بطل بطل البيع كله، وهـهنا إذا بطل استـثناؤه لم يبطل العتق فى الأمة ويسرى الإعتاق إليه فـكيف يصح إعتاقه مع تضاد الحكم فيهما؟ ولا يصح قياسه على بـعض أعضائها، لأن العضو لا يتصور انفراده بالرق

المشهود عليه عليهما فيشاركهما فيـما أخذاه، لأنهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد والعبد مشترك بينهم فثمنه يجب أن يكون بيـنهم، ولأن ما فى يد العبد لهم والذى أخذاه كان فى يده فيجب أن يشترك فـيه الجميع ويكون بينهم بالسوية وشهادتهمـا فيما لهما فيه نفع غـير مقبولة ودفع مشاركـته لهمنا فيه نقع لهمـا فلم تقبل شهادتهمـا فيه وقبلت بما ينتفع به العـبد دون ما ينتفعان به، كما لو أقر بشىء لغيرهما فيه نفع، فـإن إقرارهما يقبل فيما عليهما دون ما لهما، وقياس المذهب أن لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض، لأنهما يدفعهان بها عن أنفسهما ضرراً ومغرمًا، ومن شهد بشهادة يجر إلـى نفسه نفعًا بطلت شهادته فى الكل وإنما يقبل ذلك فى الإقرار، لأن العدالة غير معتبرة فيه والتهمة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة، فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشـاهدين بإقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليـه موقوفًا على القبض وله مطالبته بنصيـبه أو مشاركة صاحبيـه بما أخذ، فإن شاركهما أخـذ منهما ثلثى مائة ورجع على العبد بتمام المائة ولا يرجع المأخوذ منـه على الآخر بشىء، ولأنه إن أخذ من العبد فهو يقول

---

(٧٢) تقدم فى (ج٥/ ٥٢٦).

(٧٣) أخرجه ابن أبى شيبـة فى «مصنفه» (٦/ ١٥٤) من كتاب البيوع والأقضية «باب البـيوع والأقضية» باب فى الرجل يعتق أمته ويستثنى ما فى بطنها.

(٧٤) تقدم فى (٥/ ٣٥٠).

والحرية دون الحمل، وكذلك لو أعتق عضواً من أمته صارت كلها حرة فإذا عتق بعضها سرى إلى المستثنى والولد حيوان منفرد لو أعتقه لم تسر الحرية إلى أمه ويصح انفراده بالحرية عن أمه فيما إذا أعتقه دونها، وفى ولد المغرور بحرية أمه وفيما إذا وطئ بشبهة وفى ولد أم الولد وغير ذلك لا يمكن ذلك فى بعض الأعضاء، ولأن الولد يرث ويورث ويوصى به وله وإذا قتل كان بدله موروثًا ولا تختص به أمه وتجب الكفارة بقتله والديه فى مقابلته فكيف يصح قياسه على أعضائها؟ فأما إن أعتق ما فى بطنها دونها فلا أعلم خلافًا فيه.

قال إسحاق بن منصور: سئل سفيان عن رجل قال ما فى بطنك حر قال: هو حر والأم مملوكة، لأن ولدها منها وليست هى من ولدها، قال أحمد وإسحاق: جيد.

وقال مُهَنَّا سألت أحمد ﷺ عن رجل زوج أمته فقالت حبلت، فقال لها مولاها ما فى بطنك حر ولم تكن حاملاً؟ قال: لا تعتق فأعدْتُ عليه القول مرة أخرى فقال: لا يكون شىء إنما أراد ما فى بطنها فلم يكن شىء، قال المَروذِىُّ وسئل أبو عبدِ الله عن رجل أعتق عبدًا له واستثنى منه خدمته شهرًا فقال: جائز.

٢٠٠٦- **مسألة:** قال: (**ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده بعض كتابته ويضع عنه بعض كتابته**).

وجملته أنه إذا كاتبه على ألف فى نجمين إلى سنة ثم قال عجل لى خمسمائة منه حتى أضع عنك الباقى أو حتى أبرئك من الباقى أو قال صالحنى منه على خمسمائة معجلة جاز ذلك، وبه يقول طاوسُ والزُّهْرِىُّ والنَّخَعِىُّ وأبو حنيفَة وكرهه الحسنُ وابن سيرين والشَّعْبىُّ.

ظلمنى وأخذ منى مرتين، وإن أخذ من الشاهدين فهما يقولان ظلمنا وأخذ منا مالاً يستحقه علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه، وإن كانا غير عدلين فكذلك، سواء قلنا إن شهادة العدلين مقبولة أو لا، لأن غير العدل لا تقبل شهادته وإنما يؤاخذ بإقراره وإن أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق، إذا حلف إلا أن يشهد عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما، لأنها لا يجران إلى نفسهما بهذه الشهادة نفعًا.

فصل: وإن كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة فادعى دفعها إليهما وصدقاه عتق، وإن أنكراه ولم تكن بينة فالقول قولهما مع أيمانهما، وإن أقر أحدهما أو أنكر الآخر عتق نصيب المقر، وأما المنكر فعلى قول الخرقى تقبل شهادة شريكيه عليه إذا كانا عدلاً فيحلف العبد مع شهادتهما ويصير حرًا ويرجع المنكر على الشاهد فيشاركه فيما أخذه، وأما القياس فيقتضى أن لا تسمع شهادة شريكه عليه، لأنه يدفع بشهادته عن نفسه مغرمًا، والقول قول السيد مع يمينه، فإذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون، لأن ما قبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما، **فإن قيل:** فالمنكر ينكر قبض شريكه فكيف يرجع عليه؟ **قلنا:** إنما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض، ويجوز أن يكون قد بض فلم يعلم به وإذا أقر

وقال الشافعيُّ: لا يجوز، لأن هذا بيع ألف بخمسمائة وهو ربا الجاهلية، وهو أن يزيد فى الدين لأجل الأجل وهذا أيضًا هبة، ولأن هذا لا يجوز بين الأجانب، والربا يجرى بين المكاتب وسيده فلم يجز هذا بينهما كالأجانب.

ولنا: أن مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح، بدليل أنه لا يجبر على أدائه وله أن يمتنع من أدائه، ولا تصح الكفالة به وما يؤديه إلى سيده كسب عبده وإنما جعل الشرع هذا العقد وسيلة إلى العتق وأوجب فيه التأجيل مبالغة فى تحصيل العتق وتخفيفًا عن المكاتب، فإذا أمكنه التعجيل على وجه يسقط عنه بعض ما عليه كان أبلغ فى حصول العتق وأخف على العبد، ويحصل من السيد إسقاط بعض ما له على عبده ومن الله تعالى إسقاط ما أوجبه عليه من الأجل لمصلحته، ويفارق سائر الديون بما ذكرنا، ويفارق الأجانب من حيث إن هذا عبده فهو أشبه بعبده القن، وأما قولهم إن الربا يجرى بينهما فنمنعه على ما ذكر ابن أبى موسى وإن سلمناه، فإن هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه وهذا يخالف ربا الجاهلية، فإنه إسقاط لبعض الدين وربا الجاهلية زيادة فى الدين، وربا الجاهلية يفضى إلى نفاد مال المدين وتحمله من الدين ما يعجز عن وفائه فيحبس من أجله ويؤسر به، وهذا يفضى إلى تعجيل عتق المكاتب وخلاصه من الرق والتخفيف عنه فافترقا.

فصل: فإن اتفقا على الزيادة فى الأجل والدين مثل أن يكاتبه على ألف فى نجمين إلى سنة يؤدى فى نصفها خمسمائة وفى آخرها الباقى فيجعلانها إلى سنتين بألف ومائتين فى كل سنة ستمائة، أو مثل أن يحل عليه نجم فيقول أخرنى به إلى كذا وأزيدك كذا فيحتمل أنه لا

بمتصور لزمه حكم إقراره ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه، **فإن قيل:** لو كان عليه دين لاثنين فوفى أحدهما لم يرجع الآخر على شريكه فلم رجع ههنا؟ **قلنا:** إن كان الدين ثابتًا بسبب واحد فما قبض أحدهما منه رجع به الآخر عليه كمسألتنا، وعلى أن هذا يفارق الدين لكون الدين لا يتعلق بما فى يد الغريم إنما يتعلق بذمته حسب، والسيد يتعلق حقه بما فى يد المكاتب فلا يدفع شيئًا منه إلى أحدهما إلا كان حق الآخر ثابتًا فيه، إذا ثبت هذا فإنه إن رجع على العبد بخمسين استقر ملك الشريك على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشىء، لأنه إنما قبض حقه، وإن رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين وعلى العبد بخمسة وعشرين ولم يرجع أحدهما على الآخر بما أخذه منه لما ذكرنا من قبل، وإن عجز العبد بأداء ما يرجع به عليه فله تعجيزه واسترقاقه ويكون نصفه حرًا ونصفه رقيقًا ويرجع على الشريك بنصف ما أخذه ولا تسرى الحرية فيه، لأن الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة فى جميعه، وأن المنكر غاصب لهذا النصف الذى استرقه ظالمًا باسترقاقه، والمنكر يدعى رق العبد جميعه ولا يعترف بحرية شىء منه، لأنه يزعم أنه ما قبضت نصيبى من كتابته وشريكى إن قبض شيئًا استحق نصفه بغير إذنى، فلا يعتق شىء منه بهذا القبض وسراية العتق ممتنعة على كلا القولين

يجوز، لأن الدين المؤجل إلى وقت لا يتأخر أجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره، وإذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التى فى مقابلته، ولأن هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة فى الدين للزيادة فى الأجل ويفارق المسألة الأولى من هذين الرجهين، **فإن قيل**: فكما أن الأجل لا يتأخر كذلك لا يتعجل ولا يصير الدين المؤجل حالاً فلم جاز فى المسألة الأولى؟ **قلنا**: إنما جاز فى المسألة الأولى بالتعجيل فعلاً، فإنه إذا دفع إليه الدين المؤجل قبل محله جاز، وجاز للسيد إسقاط باقى حقه عليه وفى هذه المسألة يأخذ أكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد المسألة الأولى، وهو ممتنع من وجه آخر، لأن فى ضمن الكتابة أنك متى أديت إلى كذا فأنت حر فإذا أدى إليه ذلك فينبغى أن يعتق، **فإن قيل**: فإذا غير الأجل والعوض فكأنهما فسخا الكتابة الأولى وجعلاها كتابة ثانية، **قلنا**: لم يجر بينهما فسخ، وإنما قصد تغيير العوض والأجل على وجه لا يصح فيبطل التغيير ويبقى العقد بحاله، ويحتمل أن يصح ذلك كما فى المسألة الأولى، فعلى هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع أحدهما فإن له الرجوع، وكذلك فى المسألة الأولى لو قال: أعجل لك مال الكتابة وتسقط عنى منه كذا؟ فقال نعم، ثم رجع أحدهما قبل التعجيل فله الرجوع لما ذكرنا من أن الدين المؤجل لا يتأخر عن أجله ولا يتقدم وإنما له أن يؤديه قبل محله، ولمن له الدين ترك قبضه فى محله وذلك إلى اختياره فإذا وعد به ثم رجع قبل الفعل فله ذلك.

فصل: فإن صالح المكاتب سيده عما فى ذمته بغير جنسه مثل أن يصالحه عن النقود بحنطة أو شعير جاز، إلا أنه لا يجوز أن يصالحه على شىء مؤجل، لأنه يكون بيع دين

والسراية إنما تكون فيما إذا أعتق بعضه وبقى بعضه رقيقًا وجميعهم متفقون على خلاف ذلك وهذا منصوص الشافعى.

فصل: فإن ادعى العبد أنه دفع المائة إلى أحدهما ليدفع إلى شريكه حقه ويأخذ الباقى فأنكر المدعى عليه حلف وبرئ، فإن قال: إنما دفعت إلى حقى وإلى شريكى حقه ولا بينة للعبد، فالقول قول المدعى عليه فى أنه لم يقبض إلا قدر حقه مع يمينه، ولا نزاع بين العبد وبين الآخر، لأنه لم يدع عليه شيئًا وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبته بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه، فإن اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين، وإن اختار الرجوع عليه شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لا يقبض من المكاتب شيئًا، لأنه لو أقر بذلك لسقط حقه من الرجوع، فإذا أنكره لزمته اليمين، فإن شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعنيين:

أحدهما: أن المكاتب لم يدع عليه شيئًا وإنما تقبل البينة إذا شهدت بصدق المدعى، **الثانى**: أنه يدفع عن نفسه مغرمًا، فإن عجز العبد فلغير القابض أن يسترق نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه، لأن العبد معترف برقه غير مدع لحرية هذا النصيب بخلاف التى قبلها،

بدين، وإن صالحه عن الدراهم بدنانير أو عن الحنطة بشعير لم يجز التصرف قبل القبض، لأن هذا بيع فى الحقيقة فيشترط له القبض فى المجلس، وقال القاضى: يحتمل أن لا تصح هذه المصالحة مطلقًا، لأن هذا دين من شرطه التأجيل فلم تجز المصالحة عليه بغيره، ولأنه دين غير مستقر فهو كدين السلم، وقال ابن أبى موسى: لا يجرى الربا بين المكاتب وسيده، فعلى قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما يجوز ذلك بين العبد القز وسيده، والأولى ما ذكرناه، ويفارق دين الكتابة دين السلم فإنه يفارق سائر الديون بما ذكرنا فى هذه المسألة، فمفارقته لدين السلم أعظم، والله أعلم.

٢٠٠٧- **مسألة:** قال: **(وإذا كان العبد بين اثنين فكاتب أحدهما فلم يود كل كتابته حتى أعتق الآخر وهو موسر فقد صار العبد كله حرًا ويرجع الشريك على المعتق بنصف قيمته)**.

قد ذكرنا فيما تقدم أن العبد المشترك يجوز لأحد الشريكين كتابة نصيبه منه بغير إذن شريكه ويبقى سائره غير مكاتب فإذا فعل هذا فأعتق الذى لم يكاتبه حصته منه وهو موسر عتق وسرى العتق إلى باقيه فصار كله حرًا ويضمن لشريكه قيمة حصته منه ويكون المرجوع بقيمته مكاتبًا يبقى على ما بقى من كتابته، لأن الرجوع عليه بقيمة ما أتلف، وإنما أتلف مكاتبًا وإن كان المعتق معسرًا لم يسر العتق على ما مضى فى باب العتق، وقال أبو بكر والقاضى: لا يسرى العتق فى الحال لكن ينظر، فإن زدى كتابته عتق باقيه بالكتابة وكان ولاؤه بينهما، وإن فسخت كتابته لعجزه سرى العتق وقوم عليه حينئذ، لأن ساية العتق فى الحال مفضية إلى

ويحتمل أن لا يقوم أيضًا، لأن القابض يدعى حرية جميعه والمنكر يدعى ما يوجب رق جميعه، فإنهما يقولان: ما قبضه، قبضه بغير حق فلا يعتق حتى يسلم إلى مثل ما سلم إليه، وإذا كان أحدهما يدعى جميعه والآخر يدعى جزأه فما اتفقا على حرية البعض دون البعض.

فصل: وإن اعترف المدعى بقبض المائة على الوجه الذى ادعاه المكاتب وقال: قد دفعت إلى شريكى نصفها فأنكر الشريك فالقول قوله مع يمينه وله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه وللمرجوع عليه أن يحلفه، فإن رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك، لأنه اعترف بقبض المائة كلها ويعتق المكاتب، لأنه وصل إلى كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ولا يرجع الشريك عليه بشىء، لأنه يعترف له بأداء ما عليه وبراءته منه وإنما يزعم أن شريكه ظلمه فلا يرجع على غير ظالمه وإن رجع على العبد فله أن يأخذ منه الخمسين، لأنه يزعم أنه ما قبض شيئًا من كتابته، وللعبد الرجوع على القابض بها سواء صدقه فى دفعها إلى المنكر أو كذبه، لأنه وإن دفعها فقد دفعها دفعًا غير مبر فكان مفرطًا ويعتق العبد بأدائها، فإن عجز عن أدائها فله أن يأخذها من القابض ثم يسلمها، فإن تعذر ذلك فله تعجيزه واسترقاق نصفه ومشاركة القابض فى الخمسين التى قبضها عوضًا عن نصيبه،

إبطال الولاء الذى انعقد سببه ونقله عن المكاتب إلى غيره، وقال ابن أبى ليلى: عتق الشريك موقوف حتى ينظر ما يصنع فى الكتابة، فإن أداها عتق وكان المكاتب ضامنًا لقيمة نصيب شريكه وولاؤه كله للمكاتب وإن عجز سرى عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وكان ولاؤه كله له، وأما مذهب الشافعى فلا تجوز كتابة أحد الشريكين إلا أن يأذن فيه شريكه فيكون فيه قولان، فإذا كاتبه فإذن شريكه ثم أعتق الذى لم يكاتب فهل يسرى فى الحال أو يقف على العجز؟ فيه قولان.

ولنا: قول النبى ﷺ: «من أعتق شركا له فى عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل»(٧٥) وهذا داخل فى عمومه، ولأنه عتق لجزء، من العبد من موسر غير محجور عليه فسرى إلى باقيه كما لو كان قنّا، ولأن مقتضى السراية متحقق والمانع منهما لم يثبت كونه مانعًا، فإنه لا نص فيه ولا أصل له يقاس عليه فوجب أن يثبت وقولهم إنه يفضى إلى إبطال الولاء، قلنا: إذا كان العتق يؤثر فى إبطال الملك الثابت المستقر الذى الولاء من بعض آثاره فلأن يؤثر فى نقل الولاء بمفرده أولى، ولأنه لو أعتق عبدًا له أولاد من معتقة قوم نقل ولاءهم إليه، فإذا نقل ولاءهم الثابت بإعتاق غيرهم فلأن ينقل ولاء لم يثبت بعد بإعتاق من عليه الولاء أولى، ولأنه نقل الولاء ثَمَّ عمن لم يغرم له عوضًا فلأن ينقله بالعوض أولى، فانتقال الولاء فى موضع جر الولاء ينبه على سراية العتق، وانتقال الولاء إلى المعتق لكونه أولى منه، من ثلاثة أوجه: **أحدها**: أن الولاء ثَمَّ ثابت وههنا بعوض الثبوت، **والثانى**: أن النقل حصل ثم بإعتاق غيره وههنا بإعتاقه، **والثالث**: أنه انتقل ثَمَّ بغير عوض وههنا بعوض.

ويقوم على الشريك القابض إن كان موسرًا إلا أن يكون العبد يصدقه فى دفع الخمسين إلى شريكه فلا يقوم، لأنه يعترف أنه حر وأن هذا ظلمه باسترقاق نصفه الحر، وإن أمكن الرجوع على القابض بالخمسين ودفعها إلى المنكر فامتنع من ذلك فهل يملك المنكر تعجيزه واسترقاق نصفه؟ على وجهين بناء على القول فى تعجيز العبد نفسه مع القدرة على الأداء، إن قلنا له ذلك فللمنكر استرقاقه، وإن قلنا ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه، لأنه قادر على الأداء، **فإن قيل**: فلم لا يرجع المنكر على القابض بنصف ما قبضه إذا استرق نصف العبد؟ **قلنا**: لأنه لو رجع بها لكان قابضًا جميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك إلا أن يتعذر قبضها فى نجومها فتنفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها، كما لو كانت غائبة فى بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة، والله أعلم.

فصل: قال الشيخ رضي الله عنه: **(وإن اختلفا فى الكتابة فالقول قول من ينكرها)** لأن الأصل معه.

61- مسألة: (وإن اختلفا فى عوضها فالقول قول السيد فى إحدى الروايتين).

---

(٧٥) تقدم فى (٥/ ٣٤).

فـصـل: وإن كان المعتق معسراً لم يسر عتقـه وكان نصيبه حرّاً وباقيه على الكتابة، فإن أدى عتق عليهـما وكان ولاؤه بينهما وإن عـجز عاد الجزء المكاتب رقـيقًا قنّا إلا على الرواية التى نقول يسـتسعى العبـد فإنه يستـسعى عند عجزه فـى قيمة باقـيه، ولا يستسـعى فى حال الكتابة، لأن الكتابة سعاية فيـما اتفقا عليه فاستغنى بها عن السعاية فيـما يحتاج إلى التقويم، فإذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع إلى السعاية فى القيمة، والله أعلم.

فصل: ونقل عن أحمد رحمه الله أنه سئل عن عبد بين شريكين فكاتباه على ألف درهم فأدى إليهما تسعمائة لهذا أربعمائة درهم وخمسين درهم ولهذا أربعمائة درهم وخمسين درهمًا ثم إن أحدهما أعتق نصيبه قال: إن كان للمعتق مال أدى إلى شريكه نصف قيمة العبد لا يحاسبه بها أحد، لأنه عبد ما بقى عليه درهم، ولأنه قد يجوز أن يعجزه فيعود إلى الرق أو يموت فيكون عنده مال فهو بينهما ونقل عنه حنبل أنه يعتق إلا نصف المائة على هذا ويكون الولاء على قدر ما أعـتق، فالرواية الأولى توافق قـول الخرقى، فإنه أوجب على المـعتق غـرامة نصف قيـمة العبد، وينبـغى أن تجب نصف قيمته على الصـفة التى عتق عليها وهو كـونه مكاتبًا، قد أدى كتابتـه إلا مائة منهمـا وهى عشرها، وأما رواية حنبل فـيحتمل أن تكون على مـا قال أبو بكر والقاضى فى أنـه لا يسرى العتق إلى الجـزء المكاتب لغيـره، وقد نصرنا الـرواية الأولى بما ذكرناه، والله أعلم.

٢٠٠٨- **مـسـألة:** قال: **(وإذا عجز المكاتب ورد فى الرق وكـان قد تصدق عليه بشىء فهو لسيده).**

إذا اختلفا فى عوض الكتابة فقال السيد: كاتبتك على ألفين، وقال المكاتب: على ألف، فـعنه ثلاث روايات: **أحـدها:** القول قول السيد، ذكـره الخرقى، قال القاضى: هذا المذهب نص عليه أحمد فى رواية الكوسج وهو قول الثورى والأوزاعى وإسحاق، وقال أبو بكر: اتفق أحمد والشافعى على أنهما يتحالفان ويترادان وهو قول أبى يوسف ومحمد، لأنهما اختلفا فى عوض العقد القائم بينهما فيتحالفان إذا لم تكن بينة كالمتبايعين، وحكى عن أحمد رواية ثالثة أن القول قول المكـاتب وهو قول أبى حنيفة، لأنه منكر للألف الزائد، والقـول قول المنكر، لأنه مدعى علـيه فيـدخل فى عموم قـوله ﷺ: «ولكن اليمـين على المدعى عليـه» ووجه الأولى أنه اختلاف فى الكتابة فالقول قول السيد فـيه كما لو اختلفا فى أصلها ويفارق البيع من وجهين: **أحدهـما:** أن الأصل فى البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار إليه والأصل فى المكاتب وكسبه أنه لسيده فالقول قوله فيه، **الثـانى:** أن التحالف فى البيع مـفيد ولا فائدة فى التحـالف فى الكتابة، فـإن الحاصل منه يحصل بيـمين السـيد وحده وبيـان ذلك أن الحاصل بالتحـالف فسخ الكتابة ورد العبـد إلى الرق إذا لم يرض بما حلف عليه سيـده، وهذا يحصل عند من جعل القول قول السيد مع يمينه فلا يشـرع التحالف مع عدم فائدته، وإنما قدمنا قول

وجملته أن المكاتب إذا عجز وفى يده مال ورد فى الرق لسيده سواء كان من كسبه أو من صدقة تطوع أو وصية وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان: **إحداهما**: هو لسيده وهو قول أبى حنيفة، وقال عطاء يجعله فى السبيل أحب إلى وإن أمسكه فلا بأس.

الرواية الثانية: يؤخذ ما بقى فى يده فيجعل فى المكاتبين نقلها حَنْبَلُ وهو قول شُرَيْحٍ والنَّخَعَيِّ والثَّوْرِيِّ، واختار أبو بكر والقاضى أنه يرد إلى أربابه، وهو قول إسحاق، لأنه إنما دفع إليه ليصرف فى العتق، فإذا لم يصرف فيه وجب رده كالغازى والغارم وابن السبيل.

ولنا: أن ابن عمر رد مكاتبًا فى الرق فأمسك ما أخذه منه(٧٦)، ولأنه يأخذ لحاجته فلم يرد ما أخذه كالفقير والمسكين، وأما الغازى، فإنه يأخذ لحاجتنا إليه بقدر ما يكفيه لغزوه، وأما الغارم فإن غرم لإصلاح ذات البين فهو كالغازى بأحد لحاجتنا، وإن غرم لمصلحة نفسه فهو كمسألتنا لا يرده.

فصل: وأما ما أداه إلى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال، لأن المكاتب صرفه فى الجهة التى أخذه لها وثبت ملك سيده عليه ملكًا مستقرّا فلم يزل ملكه عنه كما لو عتق المكاتب، ويفارق ما فى يد المكاتب، لأن ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا، والخلاف فى ابتداء ثبوته، وما تلف فى يد المكاتب لم يرجع عليه به سواء عجز أو أدى، لأن ماله تلف فى يده فأشبه ما لو تلف ما فى يد سائر أصناف الصدقة، وإن اشترى به عرضًا وعجز والعوض فى يده ففيه من الخلاف مثل ما لو وجد بعينه، لأن العرض عوضه وقائم مقامه فأشبه ما لو أعطى الغازى من الصدقة ما اشترى به فرسًا وسلاحًا ثم فضل ذلك عن حاجته.

فصل: وموت المكاتب قبل الأداء كعجزه فيما ذكرنا، لأن سيده يأخذ ما فى يده قبل

المنكر فى سائر المواضع، لأن الأصل معه والأصل هـهنا مع السيد لأن الأصل ملكه للعبد وكسبه، إذا ثبت هذا فمتى حلف السيد ثبتت الكتابة بألفين كما لو اتفقا عليها، وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده مثل أن يدفع إليه ألفين فيعتق ثم يدعى المكاتب أن أحدهما عن الكتابة والآخر وديعة، ويقول السيد بل هى جميعًا مال الكتابة ومن قال بالتحالف قال: إذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة إلا أن يرضى بقول صاحبه، وإن كان التحالف بعد العتق فى مثل الصورة التى ذكرناها لم ترتفع الحرية، لأنها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا إعادة الرق بعد رفعه ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى إليه فإن كانا من جنس واحد تقاصا بقدر أقلهما وأخذ ذو الفضل فضله.

62- مسألة: (وإن اختلفا فى وفاء مالها فقال العبد: أديت وعتقت، وأنكر السيد، فالقول قول السيد مع يمينه).

---

(٧٦) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٤١) من طريق محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر... به، وفى إسناده محمد بن إسحاق وهو مدلس وقد عنعنه.

حصـول مقصـود الكتابة، وإن أدى وبقى فى يده شىء فحـكمه فى رده أو أخذه لنفـسه حكم سيده فى ذلك عند عجـزه، لأن ما لم يؤده فى كتابته بقى بعد زوالها، وإن كـان قد استدان ما أداه فى الكتابة وبقى عنده من الصدقـة بقدر ما يقضى به دينه لم يلزمه رده، لأنه مـحتاج إليه بسبب الكتابة فأشبه ما يحتاج إليه فى أدائها.

٢٠٠٩- مسألة: (وإذا اشترى المكاتبان كل واحد منهما الآخر صح شراء الأول وبطل شراء الآخر).

لا خلاف فى أن المكاتب يصح شـراؤه للعبيد والمكاتب يجـوز بيعه على مـا ذكرنا فإذا اشترى أحد المكاتبين الآخر صح شراؤه وملكه، لأن التصرف صدر من أهله فى محله وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد أو لسيدين، فإذا عـاد الثانى فاشترى الذى اشتراه لم يصح، لأنه سيده ومالكه، وليس للملوك أن يملك مـالكه، لأنه يفضى إلى تناقض الأحكام إذ كل واحد مـنهما يقول لصاحبه أنا سيدك ولى عليك مال الكتـابة تؤديه إلىَّ فإن عجزت فلى فسخ كتابتك وردك إلى أن تكون رقيقًـا لى، وهذا تناقض، وإذا تنافى أن تملك المرأة زوجها ملك اليمـين لثبوت ملكه عليها فى النكاح فههنا أولى، ولأنه لو صح هذا لتقاص الدينان إذا تساويا وعتقا جميعًا، فإذا ثبت هذا فشراء الأول صحيح والمبيع ههنا باق على كتابته فإن أدى عتق وولاؤه موقوف، فإن أدى سيده كتابته كان له، لأنه عتق بأدائه إليه، فإن عجز فولاؤه لسيده، لأن العبد لا يثبت له ولاء، ولأن السيد يأخذ ماله فكذلك حقوقه، هذا مقتضى قول القاضى، ومقتضى قول أبى بكر أن الولاء لسيده، لأن المكاتب عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده، وكذلك فيما إذا أعتق

لأنه منكر والقول قول الـمنكر، وإن اختلفا فى إبرائه من مال الكتـابة أو شىء منه فالقول قول السيد مع يمينه لذلك.

فصل: إذا كاتب عبدين واستوفى من أحدهما ولم يدر أيهما استوفى فقياس المذهب أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر كـما لو أعتق عبدًا من عبيده وأنسيه، وإن ادعى الآخر عليـه أنه أدى فعليه اليمـين أنه ما أدى فإن نكل عـتق الآخر وإن مات السيـد قبل القرعـة أقرع الورثة، فإن ادعى الآخـر عليهم أنه المؤدى فـعليهم اليمـين أنهم لا يعلمون أنه أدى، لأنها يمين على نفى فعل الغـير، فإن أقام أحد العبدين بينة أنه أدى عـتق سواء كان قبل القرعة أو بعدها فى حياة سيده أو بعد موته، وإن كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه ورق الآخر فإن كـان بعدها فكذلك، لأن القرعة ليست عتـقًا وإنما هى معينة للعـتق، والبينة أقوى منها فيثبت بها خطأ القرعة فيتبـين بقاء الرق فى الذى ظننا حريته كما تبينا حرية من ظننا رقه، ولأن من لم يؤد لا يصيـر مؤديًا بوقوع القرعة له فـلا يوجد حكمه الذى هو العـتق، ويتخرج على قول أبى بكر وابن حامد أن يعتقا على مـا نذكر فى الطلاق، وكذلك الحكم فيما إذا ذكر السيـد المؤدى منهمـا، ومتى ادعى الآخـر أنه أدى فله اليمين على المـدعى عليه من السيـد

بإذن سيده أو كـاتب عبده فأدى كتابتـه وهذا نظيره، ويحتمل أن يفرق بينهـما لكون العتق ثم بإذن السيد فيحصل الإنعام منه بإذنه فيه وههنـا لا يفتقر إلى إذنه فلا نعمة له عليه فلا يكون له عليه ولاء ما لم يعجزه سيده، والله أعلم.

فصل: وإن لم يعلم السابق منهما فقال أبو بكر: يبطل البيعان ويرد كل واحد منهما إلى كتابته، لأن كل واحد منهما مشكوك فى صحة بـيعه فيرد إلى اليقين، وذكر القاضى أنه يجرى مجـرى ما إذا زوج الوليان فـأشكل الأول منهما فـيقتـضى هذا أن يفسخ البيـعان كمـا يفسخ النكاحان، وعلى قول أبى بكر لا حاجة إلى الفسخ لأن النكاح إنما احتيج إلى فسخه من أجل المرأة فإنها منكوحة نكاحًا صحيحًا لواحد منهما يقينًا فلا يزول إلا بفسخ وفى مسألتنا لم يثبت تعين البيع فى واحد بعينه فلم يفتقر إلى فسخ.

فصل: وإذا كاتب عبيدًا له صفقة واحدة بعوض واحد مثل أن يكاتب ثلاثة أعبد له بألف صح فى قول أكثـر أهل العلم منهم عطاءٌ وسليمانُ بنُ موسى وأبو حنيفـة ومالكٌ والحسنُ بن صالح وإسـحاقُ وهو المنصـوص عن الشافعى ﷺ، وقـال بعض أصحـابه فيه قـول آخر لا يصح، لأن العقـد مع ثلاثة كعقود ثلاثة وعـوض كل منهم مجهول فلم يصح كـما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحدة.

ولنا: أن جملة العوض معلومـة وإنما جهل تفصيلها فلم تمنع صحة العـقد كما لو باعهم لواحد، وعلى قول من قال: إن العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضًا تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث، وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة، إذا ثبت هذا فإن كل واحد منهم

والورثة إلا أن السيد يحلف على البت، وأما الورثة فإن ادعى أنه دفع إلى موروثهم حلفوا على نفى العلم، وإن ادعى أنه دفع إليـهم حلفوا على البت وعلى كل واحـد من الورثة يمين، لأن كل واحد منهم مدعى عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدعوى.

فصل: إذا كان للمكاتب أولاد من مـعتقة غيـر سيده، فقال سيـده: قد أدى إلى وعتق فانجر ولاء ولده إلـى فأنكر ذلك مولى أمهم وكـان المكاتب حيًا صار حرًا بـهذا القول، لأنه إقرار من سيده بعتقه وينجر ولاء ولده إليه، وإن كان ميتًا فالقول قول مولى أمهم، لأن الأصل بقاء الرق وبقاء ولائهم له فيحلف ويبقى ولاؤهم له.

63- مسألة: (وإن أقام العبد شاهدًا وحلف مـعه أو شاهد وامرأتين ثبت الأداء وعتق، وهذا قول الشافعى).

لأن النزاع بينهما فى أداء المال، والمال يقبل فـيه الشاهد واليمين والرجل والمرأتان **فإن قيل**: القصد من هذه الشهادة العتق وهو لا يثبت بشاهد ويمين، **قلنا**: بل يثبت بشاهد ويمين فى رواية، وإن سلمنا أن الشهـادة لا تثبت لكن الشـهادة ههنا بأداء المال والعـتق يحصل عند أدائه بالعقد الأول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما فيه نزاع ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما

مكاتب بحصته من الألف ويقسم بينهم على قدرت قيمتهم حين العقد، لأنه حين المعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم فإذا أداه عتق، هذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن ابن صالح والشافعي وإسحاق، وقال أبو بكر عبد العزيز: يتوجه لأبى عبد الله قول آخر أن العوض بينهم على عدد رءوسهم فيتساوون فيه، لأنه أضيف إليهم إضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو أقر لهم بشيء.

ولنا: أن هذا عوض فتقسط على المعوض كما لو اشترى شقصًا وسيفًا وكما لو اشترى عبيدًا فرد واحدًا منهم بعيب أو أتلف أحدهم ورد الآخر ويخالف الإقرار فإنه ليس بعوض.

إذا ثبت هذا فأيهم أدى حصته عتق، وهذا قول الشافعي وقال ابن أبى موسى: لا يعتق واحد منهم حتى يؤدى جميع الكتابة، وحكى ذلك عن أبى بكر وهو قول مالك، وحكى عنه أنه إذا امتنع أحدهم عن الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقون واحتجوا بأن الكتابة واحدة بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقين، ولا يحصل العتق إلا بأداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحدًا، وقال أبو حنيفة: إن لم يقل لهم السيد إن أديتم عتقتم فأيهم أدى حصته عتق، وإن أدى جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبيه بشيء وإن قال لهم: إن أديتم عتقتم لم يعتق واحد منهم حتى تؤدى الكتابة كلها ويكون بعضهم حميلاً عن بعض ويأخذ أيهم شاء بالمال، وأيهم أداها عتقوا كلهم ورجع على صاحبيه بحصتهما.

يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين كما أن الولادة تثبت بشهادة النساء ويترتب عليها ثبوت النسب الذى لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد.

فصل: فإن لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد فالقول قوله، فإن قال: لى شاهد غائب أنظر ثلاثًا فإن جاء وإلا حلف السيد، ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حريته، وإن جرح شاهده فقال: لى شاهد آخر أنظر ثلاثًا لما ذكرناه.

فصل: وإن أقر السيد بقبض مال الكتابة عتق العبد إذا كان ممن يصح إقراره وإن أقر بذلك فى مرض موته قبل، لأنه إقرار لغير وارث فيقبل، وإن قال: استوفيت كتابتى كلها، عتق العبد، وإن قال: استوفيتها كلها إن شاء الله أو إن شاء زيد، عتق ولم يؤثر الاستثناء، لأن هذا الاستثناء لا مدخل له فى الإقرار، قال أحمد فى رواية أبى طالب: إذا قال: له ألف إن شاء الله، كان مقرًا بها، ولأن هذا الاستثناء تعليق بشرط والذى يتعلق بالشرط إنما هو المستقبل، وأما الماضى فلا يمكن تعليقه، لأنه قد وقع على صفة لا يتغير عنها بالشرط، وإنما يدل الشرط على الشك فيه فكأنه قال: استوفيت كتابتى وأنا أشك فيه فيلغو الشك ويثبت الإقرار، وإن قال: استوفيت آخر كتابتى، وقال: إنما أردت أنى استوفيت النجم الآخر دون ما قبله وادعى العبد إقراره باستيفاء الكل فالقول قول السيد، لأنه أعرف بمراده، والله أعلم.

ولنا: أنه عقد معاوضة مع ثلاثة فاعتبر كل واحد منهم بأداء حصته كم لو اشتروا عبدًا وكما لو لم يقل لهم إن أديتم عتقتم على قول أبى حنيفة فإن قوله ذلك لا يؤثر، لأن استحقاق العتق بأداء العوض لا بهذا القول بدليل أنه يعتق بالأداء بدون هذا القول ولم يثبت كون هذا القول مانعًا من العتق ولا نسلم أن هذا العقد كتابة واحدة فإن العقد مع جماعة عقود بدليل البيع ولا يصح القياس على كتابة الواحد، لأن ما قدره فى مقابلة عتقه وههنا فى مقابلة عتق ما يخصه فافترقا، إذا ثبت هذا فإنه إن شرط عليهم فى العقد أن كل واحد منهم ضامن عن الباقين فالشرط فاسد والعقد صحيح، وقال أبو الخطاب فى الشرط رواية أخرى: أنه صحيح وخرجه ابن حامد وجهًا بناء على الروايتين فى ضمان الحر لمال الكتابة، وقال الشافعى ﷺ: العقد والشرط فاسدان، لأن الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه، لأن السيد إنما رضى بالعقد بهذا الشرط، فإذا لم يثبت لم يكن راضيًا بالعقد، وقال مالك وأبو حنيفة: العقد والشرط صحيحان، لأنه مقتضى العقد عندهما.

ولنا: أن مآل الكتابة ليس بلازم ولا مآله إلى اللزوم فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفة مجردة فى العتق فقال: إن أديت إلى ألفًا فأنت حر، ولأن الضمان لا يلزمه أكثر مما يلزم المضمون عنه، ومال الكتابة لا يلزم المكاتب فلا يلزم الضامن، ولأن الضمان تبرع وليس للمكاتب التبرع، ولأنه لا يملك الضمان عن حر ولا عمن ليس معه فى الكتابة فكذلك من معه، وأما العقد فصحيح، لأن الكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة، وسنذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى.

فصل: إذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته، نص عليه أحمد ﷺ فى رواية حَنْبَل

فصل: قال ﷺ: **(والكتابة الفاسدة مثل أن يكاتبه على خمر أو خنزير تغلب فيها حكم الصفة فى أنه إذا أدى عتق ولا يعتق بالإبراء).**

إذا كاتبه كتابة فاسدة على عوض مجهول أو حال أو محرم كالخمر والخنزير فقد روى عن أحمد رحمه الله ما يدل على أن الكتابة على العوض المحرم باطلة لا يعتق بالأداء فيها، اختاره أبو بكر، فإنه روى عن أحمد أنه قال: إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تكن الكتابة محرمة فحكم بالعتق بالأداء إلا فى المحرمة، واختار القاضى أنه يعتق بالأداء كسائر الكتابات الفاسدة ويمكن حمل كلام القاضى على ما إذا جعل السيد الأداء شرطًا للعتق فقال: إذا أديت لى فأنت حر، فأدى فإنه يعتق بالصفة المجردة لا بالكتابة ويثبت فى هذه الكتابة حكم الصفة فى العتق بوجودها لا حكم الكتابة، فأما إن شرط فى الكتابة شرطًا فاسدًا فالمنصوص أنه لا يفسدها لكن يلغو الشرط وتصح الكتابة ويتخرج أن يفسدها بناء على الشروط الفاسدة فى البيع وهو مذهب الشافعى وقد ذكرناه، فأما الكتابة الفاسدة التى لا تكون عوضًا محرمًا فإنها تساوى الصحيحة فى أربعة أحكام:

وكذلك إن أعتق بعضهم، وعن مالك إن أعتق السيد أحدهم وكان مكتسبًا لم ينفذ عتقه، لأنه يضر بالباقين وإن لم يكن مكتسبًا نفذ عتقه لعدم الضرر فيه، وهذا مبنى على أنه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدى جميع مال الكتابة وقد مضى الكلام فيه.

فصل: فإن أدى أحد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل أداء ما عليه بغير علم سيده لم يصح، لأن هذا تبرع وليس له التبرع بغير إذن سيده، وإن كان قد حل عليه نجم صرف ذلك فيه، وإن لم يكن حل عليه نجم فله الرجوع فيه، وإن علم السيد بذلك ورضى بقبضه عن الآخر صح، لأن قبضه له راضيًا به مع العلم، دليل على الإذن فيه فجاز كما لو أذن فيه تصريحًا، وإن كان الأداء بعد أن عتق صح سواء علم السيد أو لم يعلم، فإذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه نظرنا، فإن كان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به، وإن أداه محتسبًا بالرجوع عليه وكان الأداء بإذن المؤدى عنه فهو فرض يلزمه أداؤه كما لو اقترضه منه، وإن كان بغير إذنه لم يرجع عليه، لأنه تبرع عليه بأداء ما لا يلزمه كما لو تصدق عنه صدقة تطوع، وبهذا فارق سائر الديون، وإن كان بإذنه وطلب استيفاءه قدم على أداء مال الكتابة كسائر الديون، وإذا عجز عن أدائه فحكمه حكم سائر الديون، وهذا كله مذهب الشافعي.

فصل: ولا يصح ضمان الحر لمال الكتابة، وذكر القاضى فيه روايتين: **إحداهما:** يصح ضمانه، لأنه عوض فى معاوضة فصح ضمانه كثمن المبيع.

ولنا: ما ذكرناه من قبل ولا يصح قياسه على الثمن، لأنه لازم وهذا غير لازم.

فصل: وإذا أدوا ما عليهم أو بعضه ثم اختلفوا فقال: من كثرت قيمته أدى كل واحد منا

أحدها: أنه يعتق ما كوتب عليه سواء صرح بالصفة بأن يقول: إذا أديت إلى فأنت حر، أو لم يقل، لأن معنى الكتابة يقتضى هذا فيصير كالمصرح به فيعتق بوجوده كالصحيحة.

الثانى: إذا أعتقه بالأداء لم تلزمه قيمة نفسه ولم يرجع على سيده بما أعطاه، ذكره أبو بكر وهو ظاهر كلام أحمد، وقال الشافعي: يتراجعان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه فيتقاصان بقدر أقلهما إن كانا من جنس واحد ويأخذ ذو الفضل فضله، لأنه عقد معاوضة فاسد فوجب التراجع فيه كالبيع الفاسد.

ولنا: أنه عقد كتابة حصل العتق فيه بالأداء فلم يجب التراجع كما لو كان العقد صحيحًا، ولأن ما يأخذه السيد فهو من كسب عبده الذى يملك كسبه فلم يجب رده والعبد عتق بالصفة فلم تجب عليه قيمته كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، وأما البيع الفاسد، فإنه إن كان بين هذا وسيده فلا رجوع على السيد بما أخذه وإن كان بينه وبين غيره، فإنه أخذ ما لا يستحقه ودفع إلى الآخر ما لا يستحقه بعقد المقصود منه المعاوضة بخلاف هذا فى مسألتنا، **الثالث:** أن المكاتب يملك التصرفى كسبه، لأن عقد الكتابة تضمن الإذن فى ذلك وله أخذ الصدقات والزكوات، لأنه مكاتب يعتق بالأداء أشبه الكتابة الصحيحة.

بقدر مـا عليه فلا فـضل لأحدنا على صاحـبه، وقال: من قلت قـيمته أدينـا على السواء فلى الفضل عليك أو يكون وديعة لى عند سيدنا فالقول قول الأول، لأن الظاهر أن من عليه دين لا يؤدى أكثر منه فـرجحت دعواه بذلك فإن كان المـؤدى أكثر مما عليـهم، واختلفوا فى الزيادة فالقول قول من يدعى التساوى، لأنهم اشتركوا فى أدائه فكانت أيديهم عليهم فاستووا فيه كما لو كان فى أيديهم مال فاختلفوا فيه.

فـصل: وإن جنى بعضهم فجنايته عليه دون صاحبه وبهذا قال الشافعى رضي الله عنه، وقال مالك رضي الله عنه: يؤدون كلهم أرشه فإن عجزوا رقوا.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ (الأنعام: ١٦٤) وقول النبى ﷺ: «لا يجنى جان إلا على نفسه»(٧٧) ولأنه لو اشترك رجلان وتعاقدا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا ههنا، لأن مـا لا يصح لا يتضـمنه عقـد الكتـابة ولا يجب على أحدهـمـا بفعل الآخـر كالقصاص وقد بينا أن كل واحد منهما مكاتب بحصته فهو كالمنفرد بعقده

٢٠١٠- مـسـألة: (وإذا شرط فى كتـابته أن يوالى من شاء فالولاء لمـن أعتق والشرط باطل).

أما الشرط فباطل لا نعلم فى بطلانه خلافًا وذلك لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: كانت فى بريرة ثلاث قضيات، أراد أهلها أن يبيعـوها ويشترطوا الولاء فذكرت ذلك للنبى ﷺ فقال: «اشتريها وأعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق»(٧٨) متفق عليه، وفى الحديث الآخر أن النبى ﷺ قال: «اشتـريها واشترطـى لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق» قـام رسول الله ﷺ فى الناس

الرابع: أنه إذا كاتب جماعة كتابة فاسدة فأدى أحدهم حصتهم عتق على قول من قال: إنه يعتق بالكتابة الصحيـحة بأداء حصته، لأن معنى العقد أن كل واحـد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى إلى كل واحد منكم قـدر حصته فهـو حر، ومن قال: لا يعتق فى الصحـيحة إلا أن يؤدى جميعهم فههنا أولى.

فـصل: وتفارق الصحيحة فى ثلاثة أحكام: **أحدها:** أن السيد إذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولم يعتق بذلك، لأن المال غـير ثابت فى العقد بخلاف الكتابة الصحـيحة، وصار هذا كالصفة المجـردة فى قوله: إذا أديت إلى ألفًا فأنت حر، **الثـانى:** أن لكل واحد من السـيد والمكاتب فسخها سواء كان ثم صفة أو لـم تكن، وهذا قول أصحاب الشافعى، لأن الفاسد لا يلزم حكمه، والصفـة هـهنا مبنية على المعاوضـة وتابعة لها، لأن المعاوضة هـى المقصودة، فلما أبطل المعاوضة التى هى الأصل بطلت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة، ولأن السيـد لم يرض بهذه الصفـة إلا بأن يسلم له العوض المـسمى، فإذا لم يسلم كـان له إبطالها بخلاف الصحيحة، فـإن العوض سلم له فكان العقد لازمًا له، **الثـالث:** أنه لا يلزم السـيد أن

---

(٧٧) تقدم برقم (٦٢).

(٧٨) تقدم برقم (٦٤).

فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «أما بعد فما بال ناس يشترطون شروطًا ليست فى كتاب الله؟ من اشترط شرطًا ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق» متفق عليه، ولأن الولاء لا يصح نقله بدليل أن النبى ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته وقال: «إنما الولاء لمن أعتق» ولأنه لحمة كلحمة النسب فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالقرابة، ولأنه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير الناكح ولا حكم البيع لغير العاقد وسواء شرط أن يوالى من شاء أو شرطه لبائعه أو لرجل آخر بعينه ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط نص عليه أحمد ﷺ، وقال الشافعى ﷺ: يفسد به كما لو شرط عوضًا مجهولاً ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة فى البيع.

ولنا: حديث بريرة فإن أهلها شرطوا لهم الولاء فأمر النبى ﷺ بشرائها مع هذا الشرط وقال: «إنما الولاء لمن أعتق» ويفارق جهالة العوض فإنه ركن العقد لا يمكن تصحيح العقد بدونه وربما أفضت جهالته إلى التنازع والاختلاف وهذا الشرط زائد فإذا حذفناه بقى العقد صحيحًا بحاله، **فإن قيل**: المراد بقول النبى ﷺ: «اشترطى لهم الولاء» أى: عليهم، لأن النبى ﷺ لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على كقول الله تعالى: ﴿**وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا**﴾ (الإسراء: ٧) أى فعليها، **قلنا**: هذا لا يصح لوجوه ثلاثة: **أحدها**: أنه يخالف وضع اللفظ والاستعمال **والثانى**: أن أهل بريرة أبوا هذا الشرط فكيف يأمرها النبى ﷺ بشرط لا يقبلونه؟ **والثالث**: أن ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط، لأنه مقتضى العتق وحكمه

يؤدى إليه شيئًا من الكتابة، لأن العتق ههنا بالصفة المجردة فأشبه ما لو قال: إذا أديت إلى ألفًا فأنت حر.

64- مسألة: (وتنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر للسفه).

اختلف فى انفساخها بموت السيد فذهب القاضى وأصحابه إلى بطلانها به، وهو قول الشافعى، لأنه عقد جائز من الطرفين لا يئول إلى اللزوم فبطل بالموت كالوكالة، ولأن المغلب فيها حكم الصفة المجردة، والصفة تبطل بالموت، كذلك هذه الكتابة، وقال أبو بكر: لا تبطل بالموت ويعتق بالأداء إلى الوارث، وهو قول أبى حنيفة، لأنه مكاتب يعتق بالأداء إلى السيد فيعتق بالأداء إلى الوارث كالكتابة الصحيحة فى باب العتق بالأداء، فكذلك فى هذا، واختلف فى انفساخها بجنون السيد والحجر عليه، والخلاف فيه كالخلاف فى بطلانها بموته، قال شيخنا: والأولى أنها لا تبطل ههنا إلا بالصفة المجردة لا بذلك، والمغلب فى هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا تبطل به فعلى هذا لو أدى إلى سيده بعد ذلك عتق ولا يعتق عند من أبطلها.

فصل: ويملك السيد أخذ ما فى يده، وإن فضل من الأداء فضل فهو لسيده هذا قول أبى

والرابـع: أن فى بعض الألفاظ «لا يمنعك هذا الشرط منها ابتـاعى وأعتقى» وإنما أمرها النبى ﷺ بالشرط تعريفًا لنا أن وجود هذا الشرط كعدمه وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق.

فصل: وإن اشترط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته أو يزاحمهم فى مواريثهم فهو شرط فاسد فى قول عامة العلماء، منهم الحسنُ وَعطاءُ وشُرَيْحُ وعمرُ بنُ عبد العزيز والنَّخعىُّ وإسْحاقُ، وأجاز إياسُ بن مُعاوِيَةَ أن يشترط شيئًا من ميراثه ولا يصح، لأنه يخالف كتاب الله عز وجل وكل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل بقـول النبى ﷺ قال سعيد: حدثنا هُشَيْمٌ حدثنا منـصورُ عن ابن سِيـرينَ أن رجلاً كـاتب مملوكه واشـترط مـيراثه فلما مـات المكاتب تخاصم ورثته إلـى شريح فقضى شُرَيْحٌ بمـيراث المكاتب لورثته فقـال الرجل: ما يغنى عنى شرطى منذ عشرين سنة؟ فقال شُرَيحٌ: كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة [٧٩] ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذى قبله.

فـصل: وإن شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز، وبه قال عطاءُ وابنُ شُبْرُمَةَ، وقال مالك والزُّهْرِىُّ: لا يصح، لأنه ينافى مقتضى العقد أشبه ما لو شرط ميراثه.

ولنا: أنه روى عن عـمر ﷺ أنه أعـتق كل من يصلى من سبى العـرب وشرط عليـهم: إنكم تخدمون الخليفة من بعدى ثلاث سنوات [٨٠]، ولأنه اشترط خدمة فى عقد الكتابة أشبه ما لو شرطها قبل العـتق، ولأنه شرط نفعًا معلومًا أشبه ما لو شـرط عوضًا معلومًا، ولا نسلم أنه ينافى مقتضى العقد فإن مقتضاه العتق عند الأداء وهذا لا ينافيه.

فصل: وإذا كاتبه على ألفين فى رأس كل شهر ألف وشرط أن يعتق عند أداء الأول صح فى قيـاس المذهب ويعـتق عند أدائه لأن السيـد لو أعتقه بغـير أداء شىء صح، فكذلك إذا أعتقه عند أداء البعض ويبقى الآخر دينًا عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به.

٢٠١١- مـسـألة: (وإذا أسر العدو المكاتب فـاشتراه رجل فأخرجه إلى سـيده فأحب أخذه أخذه بما اشتراه فهو على كتابتـه وإن لم يحب أخذه، فهو على ملك مشتريه مبقى على ما بقى من كتابته يعتق بالأداء وولاؤه لمن يؤدى إليه)

الخطاب، لأن كـسب العبد لسـيده بحكم الأصل، والـعقد ههنا فـاسد لم يثـبت الحكم فى وجوب العوض فى ذمتـه فلم ينقل الملك فى المعوض كسائر العقـود الفاسدة، ولأن المغلب فيها حكم الصـفة المجردة وهى لا تثبت له فى كسـبه فكذا هـهنا، وفارق الكتابة الصـحيحة، فإنها أثبـتت الكتابة فى العوض فأثبتـته فى المعوض، وقال القـاضى: ما فى يد المكاتـب وما يكسبـه وما يفضل فى يده بعد الأداء له وهو مـذهب الشافعى، لأنها كـتابة يعتق بالأداء فـيها فيثبت هذا الحكم فيها كالصحيحة والأول أصح لما بين الفاسدة والصحيحة من الفروق.

---

(٧٩)أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٣٧٨/ ١٥٥٩٩).

(٨٠)أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٨/ ٣٨٠، ٣٨١/ ١٥٦١٢).

وجملته أن الكفار إذا أسروا مكاتبًا ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها، فإن أخذ فى الغنائم فعلم بحاله أو أدركه سيده قبل قسمه أخذه بغير شىء، وكان على كتابته كمن لم يؤسر، وإن لم يدركه حتى قسم وصار فى سهم بعض الغانمين أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه أو من المشركين وأخرجه إلى سيده، فإن سيده أحق به بالثمن الذى ابتاعه به، وفيما إذا كان غنيمة رواية أخرى أنه إذا قسم فلا حق لسيده فيه بحال فيخرج فى المشترى مثل ذلك وعلى كل تقدير، فإن سيده إن أخذه فهو مبقى على ما بقى من كتابته، وإن تركه فهو فى يد مشتريه مبقى على ما بقى من كتابته يعتق بالأداء فى الموضعين، وولاؤه لمن يؤدى إليه كما لو اشتراه من سيده.

وقال أبو حنيفة والشافعى ﷺ: لا يثبت عليه ملك الكفار ويرد إليه سيده بكل حال، ووافق أبو حنيفة الشافعىَّ فى المكاتب والمدبر خاصة، لأنهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما فأشبها أم الولد، وقد تقدم الكلام فى الدلالة على أن ما أدركه صاحبه مقسومًا لا يستحق صاحبه أخذه بغير شىء، وكذلك ما اشتراه مسلم من در الحرب، وفى أن المكاتب والمدبر يجوز بيعها بما يغنى عن إعادته ههنا.

فصل: وهل يحتسب عليه بالمدة التى كان فيها مع الكفار؟ على وجهين:

أحدهما: لا يحتسب عليه بها، لأن الكتاب اقتضت تمكينه من التصرف والكسب فى هذه المدة، فإذا لم يحصل له ذلك لم يحتسب عليه كما لو حبسه سيده، فعلى هذا ينبنى على ما مضى من المدة قبل الأسر وتبقى مدة الأسر كأنها لم توجد.

والثانى: يحتسب عليه بها، لأنها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيده فاحتسب عليه بها كما لو مرض، ولأنه مدين مضت مدة من أجل دينه فى حبسه فاحتسب عليه بها كسائر الغرماء، وفارق ما إذا حبسه سيده بما سنذكره إن شاء الله تعالى، فعلى هذا إذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت مطالبته، وإن حل ما يجوز تعجيزه بترك أدائه فلسيده تعجيزه ورده إلى الرق، وهل له ذلك بنفسه أو حكم الحاكم؟ فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك، لأنه تعذر عليه الوصول إلى المال فى وقته فأشبه ما لو كان حاضرًا

65- مسألة: (وهل يتبع المكاتبة ولدها فيها؟ على وجهين):

أحدهما: يتبعها، لأنها كتابة تعتق فيها بالأداء فيعتق ولدها به كالكتابة الصحيحة، **والثانى:** لا يتبعها وهو أقيس وأصح، لأن الأصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص أو معنى نص وما وجد واحد منهما ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم فيبقى على الأصل.

66- مسألة: (وقال أبو بكر: لا تنفسخ بموت السيد ولا جنونه ولا الحجر عليه للسفه) وقد ذكرناه.

يحققه أنه لو كان حاضراً والمال غائبًا يتعذر إحضاره وأداؤه فى مدة قريبة لكان لسيده الفسخ، فالمال ههنا إما معدوم وإما غائب يتعذر أداؤه، وفى كلتا الحالتين يجوز الفسخ.

الثانى: ليس له ذلك إلا بحكم الحاكم، لأنه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث أله مال أم لا؟ وليس كذلك إذ كان حاضراً، فإنه يطالبه، فإن أدى وإلا فقد عجز نفسه، فإن فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خلص المكاتب فادعى أن له مالاً فى وقت الفسخ يفى بما عليه، وأقام بذلك بينة بطل الفسخ، ويحتمل أن لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه أداؤه، لأنه إذا كان متعذر الأداء كان وجوده كعدمة.

فصل: وإن حبسه سيده مدة فقد أساء، ولا يحتسب عليه بمدته **فى أحد الوجوه**.

والثانى: يحتسب عليه بمدته، لأن مال الكتابة دين مؤجل فيحتسب بمدة الحبس من الأجل كسائر الديون المؤجلة، فعلى هذا الوجه يلزمه أجر مثله فى المدة التى حبسه فيها، والأول أصح، لأن على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته، فإذا حبسه مدة وجب عليه تأخيره مثل تلك المدة ليستوفى الواجب له، ولأن حبسه يفضى إلى إبطال الكتابة وتفويت مقصودها ورده إلى الرق، ولأن عجزه عن أداء نجومه فى محلها بسبب من سيده فلم يستحق به فسخ العقد كما لو منع البائع المشترى من أداء الثمن لم يستحق فسخ البيع لذلك، ولو منعت المرأة زوجها من الإنفاق عليها لم يستحق فسخ العقد لذلك كذا ههنا.

الوجه الثالث: أنه يلزم سيده أرفق الأمرين به من تخليته مثل تلك المدة أو أجر مثلها، لأنه قد وجد سبب هنا فكان للمكاتب أنفعهما.

فصل: وإذا أوصى بأن يكاتب عبده صحت الوصية، لأن الكتابة يتعلق بها حق الله تعالى وحق الآدمى، فإذا أوصى به صح وتعتبر قيمته من ثلثه، لأنه تبرع من جهته، فإنه بيع ماله بماله، فإن خرج من الثلث لزمهم متابته ولا يعتبر مال الكتابة من مال ذكره القاضى، لأنه نماء ماله وفائدته، ولأن الاعتبار بحالة الموت وهو لا يملك مال الكتابة ثم ينظر، فإن عين مال الكتابة كاتبوه عليه سواء كان أقل من قيمته أو مثلها أو أكثر، فإن لم يعينه كاتبوه على ما جرى العرف بكتابة مثله به، والعرف أن يكاتب العبد بأكثر من قيمته لكون دينها مؤجلاً، ويجب رد ربعه إليه، ويعتبر فى ذلك رضى العبد، لأن الكتابة لا تلزمه، ولا يجوز إجباره عليها بخلاف ما لو وصى بعتقه فإنه يعتق ولا يقف على اختياره ولا رضاه، فإن رد الوصية بطلت، فإن عاد فطلبها لم تلزمه إجابته إليها، لأن وصيته بطلت بالرد فأشبه الوصية بالمال، وإن لم يكن ردها وجبت إجابته إليها، وإذا أدى عتق وكان ولاؤه للموصى بكتابته كما لو وصى بعتقه، فإن عجز فللوارث رده فى الرق، وإن لم يخرج من الثلث فإنه يكاتب منه ما خرج من الثلث وإن كان قد وصى بوصايا غير الكتابة لا تخرج من الثلث، تحاصوا فى الثلث وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله فى الوصية، ويتخرج أن تقدم الكتابة بناء على الرواية التى تقدم العتق،

لأن الكتابة مقصودها العتق، وتفضى إليه، ويحتمل أن لا تقدم بحال، لأن العتق تغليب وسراية ليس هو للكتابة، وإفضاؤها إلى العتق لا يوجب تقديمها كما لو وصى لرجل بابنه، فإنه لا يقدم مع أن القصد بوصيته العتق ويفضى إليه.

فصل: فإن قال: كاتبوا أحد رقيقى فللورثة مكاتبة من شاءوا منهم فى أحد الوجهين، وفى الآخر يكاتبون واحدًا منهم بالقرعة، وإن قال: أحد عبيدى فكذلك إلا أنه ليس لهم مكاتبة أمة ولا خنثى مشكل، لأنه لا يعلم كون الخنثى عبدًا أو أمة، وإن قال: أحد إمائى فليس لهم مكاتبة عبد ولا خنثى مشكل كذلك، وإن كان الخنثى غير مشكل وكان رجلاً فلهم مكاتبته إذا قال: كاتبوا أحد عبيدى، وإن كان أنثى فلهم مكاتبته إذا قال: كاتبوا أحد إمائى، لأن هذا عيب فيه والعيب لا يمنع الكتابة، والله أعلم.

فصل: والكتابة الفاسدة أن يكاتبه على عوض مجهول أو عوض حال أو محرم كالخمر والخنزير، فأما إن شرط فى الكتابة شرطًا فاسدًا فالمنصوص أنه لا يفسدها لكن يلغو الشرط وتبقى الكتابة صحيحة ويتخرج أن يفسدها بناء على الشروط الفاسدة فى البيع، وهذا مذهب الشافعى.

وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله ما يدل على أن الكتابة على العوض المحرم باطلة لا يعتق بالأداء فيها وهو اختيار أبى بكر، فإنه قد روى عن أحمد ﷺ أنه قال: إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تكن الكتابة محرمة فحكم بالعتق والأداء إلا فى المحرمة.

واختار القاضى أنه يعتق بالأداء كسائر الكتابات الفاسدة، ويمكن حمل كلام القاضى على ما إذا جعل السيد الأداء شرطًا للعتق فقال: إذا أديت إلى فأنت حر فأدى إليه فإنه يعتق بالصفة المجردة لا بالكتابة ويثبت فى هذه الكتابة حكم الصفة فى العتق بوجودها لا بحكم الكتابة، وأما غيرها من الكتابة الفاسدة فإنها تساوى الصحيحة فى أربعة أحكام:

أحدها: أنه يعتق بأداء ما كوتب عليه سواء صرح بالصفة فقال: إن أديت إلىَّ فأنت حر أو لم يقل، لأن معنى الكتابة يقتضى هذا فيصير كالمصرح به فيعتق بوجوده كالكتابة الصحيحة.

الثانى: أنه إذا عتق بالأداء لم تلزمه قيمة نفسه، ولم يرجع على سيده بما أعطاه، ذكره أبو بكر، وهو ظاهر كلام أحمد ﷺ، وقال الشافعى ﷺ: يتراجعان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه فيتقاصان بقدر أقلهما إن كانا من جنس واحد ويأخذ ذو الفضل فضله، لأنه عقد معاوضة فاسدة فوجب التراجع فيه كالبيع الفاسد.

ولنا: أنه عقد كتابة لمعاوضة حصل العتق فيها بالأداء فلم يجب التراجع فيها كما لو كان العقد صحيحًا، ولأن ما أخذه السيد فهو من كسب عبده الذى لم يملك كسبه فلم يجب عليه رده والعبد عتق بالصفة فلم تجب عليه قيمته كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر.

وأما البيع الفاسد فإنه إن كان بين هذا وبين سيده فلا رجوع على السيد بما أخذه، وإن كان بينه وبين غيره فإنه أخذ ما لا يستحقه ودفع إلى الآخر ما لا يستحقه بعقد المقصود منه المعاوضة، وى مسألتنا بخلافه.

الثالث: أن المكاتب يملك التصرف فى كسبه، لأن عقد الكتابة تضمن الإذن فى ذلك وله أخذ الصدقات والزكوات، لأنه مكاتب يعتق بالأداء فملك ذلك كما فى الكتابة الصحيحة.

الرابع: أنه إذا كاتب جماعة كتابة فاسدة فأدى أحدهم حصته عتق على قول من قال: أنه يعتق فى الكتابة الصحيحة بأداء حصته، لأن معنى العقد أن كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى إلى كل واحد منهم قدر حصته فهو حر، ومن قال: لا يعتق فى الصحيحة إلا أن يؤدى الجميع فههنا أولى.

وتفارق الصحيحة فى ثلاثة أحكام:

أحدها: أن لكل واحد من السيد والمكاتب فسخها ورفعها سواء كان ثَمَّ صفة أو لم تكن، وهذا قول أصحاب الشافعى ﷺ، لأن الفاسد لا يلزم حكمه والصفة ههنا مبنية على المعاوضة وتابعة لها، لأن المعاوضة هى المقصود فلما أبطل المعاوضة التى هى الأصل بطلت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة، ولأن السيد لم يرض بهذه الصفة إلا بأن يسلم له العوض المسمى فإذا لم يسلم كان له إبطالها بخلاف الكتابة الصحيحة، فإن العوض سلم له فكان العقد لازمًا له.

الثاني: أن السيد إذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولا يعتق بذلك، لأن المال غير ثابت فى العقد بخلاف الكتابة الصحيحة وجرى هذا مجرى الصفة المجردة فى قوله إذا أديت إلى ألفًا فأنت حر.

الثالث: أنه لا يلزم السيد أن يؤدى إليه شيئًا من الكتابة، لأن العتق ههنا بالصفة المجردة فأشبه ما لو قال: إذا أديت إلىَّ ألفًا فأنت حر.

واختلف فى أحكام أربعة:

أحدها: فى بطلان الكتابة بموت السيد فذهب القاضى وأصحابه إلى بطلانها وهو قول الشافعى ﷺ، لأنه عقد جائز من الطرفين لا يئول إلى اللزوم فيبطل بالموت كالوكالة، ولأن المغلب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت فكذلك هذه الكتابة، وقال أبو بكر: لا تبطل بالموت، فكذلك هذه الكتابة، وقال أبو بكر: لا تبطل بالموت ويعتق بالأداء إلى الوارث، وهو قول أبى حنيفة ﷺ، لأنه مكاتب يعتق بالأداء إلى السيد فيعتق بالأداء إلى الوارث كما فى الكتابة الصحيحة، ولأن الفاسدة كالصحيحة فى باب العتق بالأداء وفى أن الولد يتبعه فكذلك فى هذا.

والثاني: فى بطلانها بجنون السيد والحجر عليه لسفه، والخلاف فيه كالخلاف فى بطلانها

بموته، والأولى أنها لا تبطل هـهنا، لأن الصفة المجردة لا تبطل بذلك والمغلب فى هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا تبطل به فعلى هذا لو أدى إلى سيده بعد ذلك عتق، وعلى قول من أبطلها لا يعتق.

الثالث: أن ما فى يد المكاتب وما يكسبه وما يفضل فى يده بعد الأداء له دون سيده فى قول القاضى ومذهب الشافعى ﷺ، لأنها كتابة يعتق بالأداء فيها فكان هذال الحكم ثابتًا فيها كالصحيحة، وقال أبو الخطاب: ذلك لسيده فى الموضعين، لأن كسب العبد لسيده بحكم الأصل، والعقد ههنا فاسد لم يثبت الحكم وفى وجوب العوض فى ذمته فلم ينقل الملك فى المعوض كسائر العقود الفاسدة، ولأن المغلب فيها حكم الصفة المجردة وهى لا تثبت الملك له فى كسبه فكذا ههنا، وفارقت الكتابة الصحيحة، فإنها تثبت الملك فى العوض فأثبتته فى المعوض.

الرابع: هل يتبع المكاتبة ولدها؟ قال أبو الخطاب: فيه وجهان: **أحدهما**: يتبعها، لأنها كتابة يعتق فيها بالأداء فيعتق به ولدها كالكتابة الصحيحة، **والثانى**: لا يتبعها، وهو أقيس وأصح، لما ذكرنا فى الذى قبله، ولأن الأصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص أو معنى نص، وما وجد واحد منهما ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم فيبقى على الأصل، والله أعلم.

كتاب عتق أمهات الأولاد

أم الولد هى التى ولدت من سيدها فى ملكه، ولا خلاف فى إباحة التسرى ووطء الإماء لقول الله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ**﴾ (المؤمنون: ٥، ٦) وقد كانت مارية القبطية أم ولد النبى ﷺ وهى أم إبراهيم ابن النبى ﷺ التى قال فيها: «أعتقها ولدها»[(١)]، وكانت هاجر أم إسماعيل عليه السلام سرية إبراهيم خليل الرحمن عليه السلام، وكان لعمر بن الخطاب ﷺ أمهات أولاد أوصى لكل واحدة منهن بأربعمائة، وكان لعلى ﷺ أمهات أولاد[(٢)] ولكثير من الصحابة، وكان على بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله من أمهات أولاد، وروى أن الناس لم يكونوا يرغبون فى أمهات الأولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة من أمهات الأولاد فرغب الناس فيهن، وروى عن سالم بن عبد الله قال: كان لابن رواحة جارية وكان يريد الخلوة بها وكانت امرأته ترصده فخلا البيت فوقع عليها فندرت به امرأته وقالت: أفعلتها؟ قال: ما فعلت، قالت: فاقرأ إذًا، فقال:

باب أحكام أمهات الأولاد

أم الولد هى التى ولدت من سيدها فى ملكه، ولا خلاف فى إباحة التسرى ووطء الإماء لقول الله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ**﴾ وقد كانت مارية القبطية أم ولد النبى ﷺ وهى أم إبراهيم ابن النبى ﷺ التى قال فيها النبى ﷺ: «أعتقها ولدها» وكانت هاجر سرية إبراهيم عليه السلام أم إسماعيل عليه السلام، وكان لعمر بن الخطاب ﷺ أمهات أولاد أوصى لكل واحدة منهن بأربعمائة، وكان لعلى ﷺ أمهات أولاد ولكثير من الصحابة، وكان على بن الحسين والقاسم ابن محمد وسالم بن عبد الله من أمهات أولاد، ويروى أن الناس لم يكونوا يرغبون فى أمهات الأولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة فرغب الناس فيهن، وروى عن سالم بن عبد الله قال: كان لابن رواحة جارية وكان يريد الخلوة بها وكانت امرأته ترصده فخلا البيت فوقع عليها فندرت به امرأته وقالت: أفعلتها؟ قال: ما فعلت، قالت: فاقرأ إذًا، فقال:

---

(١) أخرجه ابن ماجه فى «العتق» (٢/ ح٢٥١٦) وفى «الزوائد» فى إسناده الحسين بن عبد الله بن عبيد الله ابن عباس، تركه ابن المدينى وغيره وضعفه أبو حاتم وغيره، وقال البخارى: إنه كان يتهم بالزندقة، والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٤٦) وعبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ٢٩٤/ ١٣٢٣٧).

(٢) أخرجه عبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ٢٨٨/ ١٣٢١٣).

شَــهِـــدتُ بأَنَّ وَعْـــدَ اللهِ حَقٌّ ... وأَنَّ النارَ مــــثْــوى الـكافــريـنَا
وأن العَـــرْشَ فَـــوقَ المـــاء طاف ... وفَــوقَ العَـرْشِ رَبُّ العـــالَمـــينَا
وتحـــمــله مـــلائـكة شـــدَادٌ ... مَـــلائـكَةُ الإِله مُـــسَـــوَّمــينَا

قالت: أما إذ قرأت فاذهب إذًا، فأتى النبى ﷺ فأخبره قال: فلقد رأيته يضحك حتى تبدو نواجذه ويقول: «هيه، كيف قلت؟» فأكرره عليه فيضحك(٣).

فــصل: فإذا وطئ الرجل أمته فأتت بولد بعد وطئه بستة أشهر فصاعدًا لحقه نسبه وصارت له بذلك أم ولد، وإن أتت بولد تام لأقل من ستة أشهر لم يلحقه نسبه، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر بدليل ما روى الحسن أن امرأة ولدت لستة أشهر فأتى بها إلى عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فهم برجمها، فقال له على رضي الله عنه: ليس لك ذلك، إن الله يقول: ﴿**وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا**﴾ (الأحقاف: ١٥) فقد يكون فى البطن ستة أشهر والرضاع أربعة وعشرون شهرًا فذلك تمام ما قال الله تعالى: ﴿**ثَلاثُونَ شَهْرًا**﴾ فخلَّى عنها عمر(٤)، وروى عن ابن

شَــهِـــدتُ بأَنَّ وَعْـــدَ اللهِ حَقٌّ ... وأَنَّ النارَ مــــثْــوى الـكافــريـنَا
وأن العَـــرْشَ فَـــوقَ المـــاء طاف ... وفَــوقَ العَـرْشِ رَبُّ العـــالَمـــينَا
وتحـــمــله مـــلائـكة شـــدَادٌ ... مَـــلائـكَةُ الإِله مُـــسَـــوَّمــينَا

قالت: أما إذا قرأت فاذهب، فأتى النبى ﷺ فأخبره، قال: فلقد رأيته يضحك حتى تبدو نواجذه ويقول: «هيه، كيف قلت؟» فأكرره عليه فيضحك.

١- مسألة: (إذا حملت الأمة من سيدها فوضعت ما يتبين فيه خلق الإنسان صارت له بذلك أم ولد، فإذا مات عتقت وإن لم يملك غيرها).

ذكر هـٰهنا لمصير الأمة أم ولد شرطين: **أحدهما**: أن تحمل به فى ملكه سواء كان من وطء مباح أو محرم كالوطء فى الحيض والنفاس والإحرام والظهار، فأما إن عتقت منه فى غير ملكه لم تصر بذلك أم ولد سواء علقت منه بمملوك، مثل أن يطأها فى ملك غيره بنكاح أو زنا، أو علقت بحر مثل أن يطأها بشبهة أو غر من أمة فتزوجها على أنها حرة فاستولدها أو اشترى جارية فاستولدها ثم ظهرت مستحقة، فإن الولد حر ولا تصير الأمة أم ولد فى هذه المواضع بحال، فإن ملكها بعد ذلك ففيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى.

الشرط الثانى: أن تضع ما يتبين فيه شىء من خلق الإنسان من رأس أو يد أو رجل أو تخطيط سواء وضعته حيًا أو ميتًا وسواء أسقطته أو كان تامًا، قال عمر رضي الله عنه: إذا ولدت الأمة من سيدها فقد عتقت، وإن كان سقطًا، وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه قال: أعتقها ولدها، وإن كان سقطًا، وقال الأثرم: قلت لأبى عبد الله: أم الولد إذا أسقطت لا تعتق، فقال: إذا تبين فيه يد أو رجل أو شىء أو خلقة فقد عتقت، هذا قول الحسن والشافعى، وقال

---

(٣) تقدم برقم (١٣) مسألة (٢٩٨). (٤) تقدم برقم (٤٩) مسألة رقم (١٣٥٢).

عباس أنه قال ذلـك لعثمان[٥]، ومن اعترف بوطء أمتـه فأتت بولد يمكن أن يكون منه لحقه نسبـه ولم يكن له نفيـه لما روى عن عمـر ﷺ أنه قال: حصنوا هذه الـولائد فلا يطأ رجل وليدته ثم ينكر ولدها إلا ألزمته إياه، رواه سعيد[٦] وعن ابن عمر قال: قال عمر: أيما رجل غشى أمته ثم ضيعها فالضيعة عليه والولد ولده، رواه سعيد أيضًا[٧]، ولأن أمته صارت فراشًا بالوطء فلحقه ولدها كالـمرأة، ولقوله ﷺ: «الولد للفراش»[٨]، فإن نفاه سـيدها لم ينتف عنه إلا أن يدعى أنه استبـرأها وأتت بالولد بعد استبـرائها بستة أشهر فـينتفى عنه بذلك، وهل يحلف على ذلك؟ على وجهين، وقد روى عن الحسن قال: إذا أنكر الرجل ولده من أمته فله ذلك، وعن الشعبى أنه كان يقول: ينتفى من ولده إذا كان من أمته متى شاء.

الشعبى: إذا نكس فى الخلق الرابع فكان مـخلقًا انقضت به عدة الحرة وعـتقت به الأمة، قال شيخنا: ولا أعلم فـى هذا خلافًا بين من قال بثبـوت حكم الاستيلاد، فـأما إن ألقت نطفة أو علقة لم يثبت به شيء من أحكام الولادة، لأنه ليس بولد، وروى يوسف بن موسى أن أبا عبد الله قيـل له: ما تقـول فى الأمة إذا ألقت مـضغـة أو علقة؟ قـال: تعتق، وهذا قـول إبراهيم النخعى، وذكـر الخرقى لمـصيرها أم ولد شـرطًا ثالثًا وهو أن تحـمل بحر ويتـصور ذلك فى الملك فى موضعين: **أحدهما**: فى العبد إذا ملكه سيده وقلنا إنه يملك فوطئ أمته فاستولدها فولده مملوك ولا تصيـر الأمة به أم ولد يثبت لها حكم الاستيـلاد بذلك، وسواء أذن له سيده فى التسرى بها أو لم يأذن، **الثانى**: إذا استولد المكاتب أمته فإن ولدها مملوك له ولا يثبت للأمة أحكام أم الولد فـى العتق بموته فى الحـال، لأن المكاتب ليس بحر وكـذلك ولده منها فأولى أن لا تتحرر هى، ومتى عجز المكاتب وعـاد إلى الرق أو مات قبل أداء كتابته فهى أمة قن كالعبد القن، وهل يملك المكاتب بيعها؟ فيه اختلاف ذكرناه فى باب المكاتب.

2- مسألة: (وتعتق بموت سيدها من رأس المال وإن لم يملك سواها).

وهذا قول كل من رأى عتقهن لا نعلم بينهم خلافًا فى ذلك، وسواء ولدت فى الصحة أو المرض، لأنه حاصل بالتـلذاذه وشهوته وما يتلفه فى لذاته يـستوى فيه حال الصـحة والمرض كالذى يأكله ويلـبسه، ولأن عتـقها بـعد الموت ومـا يكون بعد الموت يسـتوى فيـه المرض والصحة كقضاء الدين والـتدبير والوصية، قال سعيد: ثنا سفيـان عن يحيى بن سعيد عن نافع قال: أدرك ابن عمر رجـلان فقالا: إنا تركنا هذا الرجل يبيع أمهـات الأولاد يعنيان ابن الزبير

---

(٥) أخرجه عبد الرزاق فى «المـصنف» (٧/ ٣٥١/ ١٣٤٤٦، ١٣٤٤٧) وسعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٦٦/ ٢٠٧٥).

(٦) أخـرجه سـعيـد بن منصـور فى «سننه» (٢/ ٦٣/ ٢٠٦٣) وعـبد الرزاق فى «المـصنف» (٧/ ١٣٢، ٥٢٥٢٣).

(٧) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٦٣/ ٢٠٦٢).

(٨) تقدم فى (ج٦/ ٦٧٢).

ولنا: قول عمر أنه ولد على فراشه فلم يكن له نفيه كولده من زوجته، فإن أقر به لم يكن له نفيه بعد، ذلك لا نعلم فيه خلافًا، قال إبراهيم: إذا أقر بولده فليس له أن ينتفى منه، فإن انتفى منه ضُرب الحد وألحق به الولد، وقال شُرَيحٌ: الرجل أقر بولده لا سبيل لك أنت تنتفى منه، وكذلك إن هُنئ به فسكت أو أمن على الدعاء، لأنه دليل على الرضا به فقام مقام الإقرار به، وإن كان يطأ جاريته وادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتف الولد بذلك، لما روى أبو سعيد أنه قال: يا رسول الله إنا نصيب النساء ونحب الأثمان أفنعزل عنهن؟ فقال: «إن الله إذا قضى خلق نسمة خلقها»(٩) وعن جابر قال: جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله ﷺ فقال: إن

فقال ابن عمر: أتعرفان أبا حفص؟ فإنه قضى فى أمهات الأولاد أن لا يبعن ولا يوهبن يستمتع بها صاحبها، فإذا مات فهى حرة، وقال: ثنا عتاب عن حصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال: قال عمر: ما من رجل كان يقر بأنه كان يطأ جاريته يموت إلا أعتقها وإن كان سقطًا، وروى ابن ماجه عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما أمة ولدت من سيدها فهى حرة عن دبر منه».

فصل: وإذا عتقت بموت سيدها فما كان فى يدها من شىء فهو لورثة سيدها، لأن أم الولد أمة وكسبها لسيدها وسائر ما فى يدها له، فإذا مات سيدها فعتقت انتقل ما فى يدها إلى ورثته كسائر ماله، وكما فى يد المدبرة بخلاف المكاتبة فإن كسبها فى حياة سيدها لها فإذا أعتقت بقى لها كما كان لها قبل العتق.

فصل: ولا فرق بين المسلمة والكافرة والعفيفة والفاجرة ولا بين المسلم والكافر والعفيف والفاجر فى هذا فى قول أهل الفتاوى من أهل الأمصار، لأن ما يتعلق به العتق يستوى فيه المسلم والكافر كالتدبير والكتابة، ولأن عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه فإذًا استويا فى حكمه، وقد روى سعيد ثنا هشيم ثنا منصور عن ابن سيرين عن أبى عطية الهمدانى عن عمر بن الخطاب قال فى أم الولد: إن أسلمت وأحصنت وعفت أعتقت، وإن كفرت وفجرت وغدرت رقت، وقال هشيم: حدثنا يحيى بن آدم عن أم ولد رجل ارتدت عن الإسلام فكتب فى ذلك إلى عمر بن عبد العزيز فكتب عمر أن بيعوها ليسبيها أحد من أهل دينها، فعلى هذا الحديث ينبغى أن يختص العتق بالمسلمة العفيفة وترق الكافرة الفاجرة، والله أعلم.

3- مسألة: (وإن وضعت جسمًا لا تخطيط فيه فعلى روايتين).

أما إذا وضعت مضغة لم يظهر فيها شىء من خلق الآدمى فشهد ثقات من القوابل أن فيها صورة خفية تعلقت بها الأحكام لأنهن اطلعن على الصورة التى خفيت على غيرهن، وإن لم يشهدن بذلك لكن علم أنه مبتدأ خلق آدمى بشهادتهن أو غير ذلك ففيه روايتان:

---

(٩) تقدم برقم (٢٧) مسألة رقم (١٢٢٢).

لى جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال: «اعزل عنها إن شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها» قال: فلبث الرجل، ثم أتاه فقال: إن الجارية قد حملت فقال: «قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قدر لهـا» رواه أبو داود(١٠)، وعن أبى سعيد أنه قـال: كنت أعزل عن جاريتى فولدت أحب الخلـق إلىَّ - يعنـى ابنه(١١)، وعن ابن عمر أن عـمر قال: ما بال رجـال يطئون ولائدهم ثم يعزلونهن، لا تأتينى وليدة يعترف سيـدها أنه أتاها إلا ألحقت به ولدها، فاعزلوا بعد ذلك أو اتركـوا(١٢)، ولأنها بالوطء صارت فراشًا وقـد قال النبى ﷺ: «الولد للفراش» ولما تنازع

إحـداهمـا: لا تصيـر به الأمة أم ولد ولا تنقضى به عدة الحـرة ولا يجب على الضارب المتلف له غـرة ولا كفارة، وهذا ظاهر كـلام الخرقى والشافعـى، والظاهر ما نقله الأثرم عن أحمد وظاهر قول الحسن والشعبى وسائر من اشترط أن يتبين فيه شىء من خلق الآدمى.

والثانـية: تتعلق به الأحكام الأربعة، لأنه مبتدأ خلق آدمى أشبه إذا تبين، وخرج أبو عبد الله بن حامد **رواية ثالثة** وهى أن الأمة تصير أم ولد ولا تنقضى به عدة الحرة، لأنه روى عن أحمد إذا وضعت شيئًا فمسته القوابل فعلمن أنه لحم ولم يتبين لحمه فيحتاط فى العدة بأخرى ويحتاط بعتق الأمة فظاهر هذا أنه حكم بعتق الأمـة ولم يحكم بانقضاء العدة، لأن عتق الأمة تحصيل للـحرية فاحتيط بتـحصيلها والعـدة يتعلق بها تحريم التـزويج وحرمة الفرج فـاحتيط بإبقائها، وقـال بعض الشافعية بالعكس: لا تجب العدة ولا تصـير الأمة أم ولد، لأن الأصل عدم كل واحد منهـما فيبقى على أصله ولا يصح، لأن العدة كـانت ثابتة والأصل بقاؤها على ما كانت عليه والأصل فى الآدمى الحرية فتغلب على ما يفضى إليها.

4- مـسـألة: (وإن أصابها فى ملك غيره بنكاح أو غيـره ثم ملكها حاملاً عتق الجنين ولم تصر أم ولد له، وعنه تصير).

وسواء ملكهـا حاملاً فـولدت فى ملكه أو ملكها بعد ولادتهـا، وبه قال الشافـعى، لأنها علقت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيـلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها، لأن الأصل بقاء الرق، وإنما خولف هذا الأصل فيـما إذا حملت منه فى ملكه بقول الصحابة ﷺ ففـيما عداه يبقى على الأصل، ونقل ابن أبـى موسى عن أحمد أنهـا تصير أم ولد فى الحـالين وهو قول الحسن، وأبى حنيفة، لأنهـا أم ولده وهو مالك لها فيثبت لها حكم الاستـيلاد كما لو حملت فى ملكه، قال شيـخنا: ولم أجد هذه الرواية عن أحمد فـيما إذا ملكها بعـد ولادتها إنما نقل عنه التوقف عنها فى رواية مهنا فقال: لا أقول فيهـا شيئًا، وصرح فى رواية سواه بجواز بيعها فقال: لا أرى بأسًا أن يبيعـها إنما الحسن وحده قال: إنها أم ولد، وقال: أكثـر ما سمعنا فيه من التابعين يقـولون: إنها لا تصير أم ولد حـتى تلد عنده وهو يملكها، كان عبـيدة السلمانى

---

(١٠) تقدم برقم (٣٠) من كتاب «عشرة النساء والخلع».
(١١) تقدم برقم (٣١) من كتاب «عشرة النساء والخلع».
(١٢) تقدم برقم (٦) مسألة رقم (١٣٢٧).

عبد بن زَمْعَةَ وَسَعْد فى ابن وَلِيدَة زَمْعَـة فقال عبدُ: هو أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه، فقال النبى ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر» متفق عليه[١٣]، ولأنه قد يسبق من الماء ما لا يحس به فيخلق منه الولد، وقد روى عن ابن عمر وزيد بن ثابت ما يدل على أن الولد لا يلحق به مع العزل، فروى سعيد: حدثنا سفيان عن ابن أبى نجيح عن فتى من أهل المدينة أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يعزل عن جارية له فجاءت بحمل فشق عليه وقال: اللهم لا تلحق بآل عمر من ليس منهم، فإن آل عمر ليس بهم خفاء، فولدت ولدًا أسود فقال: ممن هو؟ فقالت: من راعى الإبل، فحمد الله وأثنى

يقول ببيعها وشريح وإبراهيم والشعبى أما إذا ملكها حاملاً فظاهر كلام أحمد أنها تصير أم ولد وهو مذهب مالك، لأنها ولدت منه فى ملكه فأشبه ما لو أحبلها فى ملكه وقد صرح أحمد فى رواية إسحاق بن منصور أنها لا تكون أم ولد حتى تحدث عنده حملاً وروى عنه ابنه صالح قال: سألت أبى عن الرجل ينكح الأمة فتلد منه ثم يبتاعها قال: لا تكون أم ولد له، قلت: فإن اشتراها وهى حامل منه، قال: إذا كان الوطء يزيد فى الولد وكان يطؤها بعدما اشتراها وهى حامل كانت أم ولد له، قال ابن حامد: إن وطئها فى ابتداء حملها أو بواسطة صارت له بذلك أم ولد، لأن الماء يزيد فى سمع الولد وبصره، قال القاضى: إن ملكها حاملاً فلم يطأها حتى وضعت لم تصر أم ولد، وإن وطئها حال حملها نظرنا فإن كان بعد أن كمل الولد وصار له خمسة أشهر لم تصر بذلك أم ولد، وإن وطئها قبل ذلك صارت له بذلك أم ولد، لأن عمر قال: أبعدما اختلطت دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بعتموهن؟ فعلل بالمخالطة والمخالطة ههنا حاصلة، لأن الماء يزيد فى الولد، ولأن لحرية البعض أثرًا فى تحرير الجميع بدليل ما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد، وقال أبو الخطاب: إن وطئها بعد الشراء فهى أم ولد، وكلام الخرقى يقتضى أن لا تكون أم ولد إلا أن تحبل منه فى ملكه وهو الذى رواه إسحاق بن منصور عن أحمد وهو ظاهر المذهب، لأنها لم تعلق منه بحر فلم يثبت له حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها، ولأن حملها منه إذا لم يفد الحرية لولدها فلأن لا يفيدها الحرية أولى ويفارق هذا ما إذا حملت منه فى ملكه فإن الولد حر فتحرر بتحريره وما ذكروه من أن الولد يزيد فيه الوطء غير مستيقن فلا يثبت أنه زاد لم يثبت الحكم بالشك ولو ثبت أنه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة بدليل ما لو ملكها وهى حامل منه من زنا أو غيره فوطئها لم تصر أو ولد، وإن زاد الولد به، ولأن حكم الاستيلاد إنما ثبت بالإجماع فى حق من حملت منه فى ملكه وما عداه ليس فى معناه وليس فيه نص ولا إجماع فوجب أن لا يثبت هذا الحكم، ولأن الأصل الرق فتبقى على ما كانت عليه.

فصل: قال أحمد فيمن اشترى جارية حاملاً من غيره فوطئها قبل وضعها: فإن الولد لا

---

(١٣) تقدم برقم (٨).

عليه[١٤]، وقال: حدثنا سفيان عن حماد عن أبى الزناد عن خارجة بن زيد أن زيد بن ثابت كانت له جارية فارسية وكان يعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها الحد وقال: إنما كنت استطبت نفسك ولا أريدك، وفى رواية قال: ممن حملت؟ قالت: منك، فقال كذبت وما وصل إليك منى ما يكون منه الحمل وما أطؤك إلا أنى استطبت نفسك[١٥]، وقال الثورى وأبو حنيفة: لا تصير فراشًا ولا يلحقه ولدها إلا أن يقر بولدها فيلحقه أولادها بعد ذلك.

ولنا: ما ذكرناه وقول عمر الموافق للسنة أولى من قوله فيما خالفها.

يلحق بالمشترى ولا يبيعه لكن يعتقه، لأنه قد شرك فيه، لأن الماء يزيد فى الولد، وقد روى عن أبى الدرداء عن النبى ﷺ أنه مر بامرأة مجح على باب فسطاط فقال: «لعله يريد أن يلم بها؟» قالوا: نعم، فقال رسول الله ﷺ: «لقد هممت أن ألعنه لعنًا يدخل معه قبره، كيف يورثه وهو لا يحل له؟ أم كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟» رواه أبو داود، يعنى أنه لو استلحقه وشركه فى ميراثه لم يحل له، لأنه ليس بولده فإن اتخذه مملوكًا يستخدمه لم يحل له، لأنه قد شرك فيه لكون الماء يزيد فى الولد.

فصل: إذا وطئ الرجل جارية ولده فإن كان قد تملكها وقبضها ولم يكن الولد وطئها ولا تعلقت بها حاجته فقد ملكها الأب بذلك وصارت جاريته والحكم فيه كما لو اشتراها، وإن وطئها قبل تملكها فقد فعل محرمًا لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۞ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۞ فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ (المؤمنون: ٥ - ٧) هذه ليست زوجته ولا ملك يمينه، **فإن قيل:** فقد قال النبى ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» فأضاف مال الابن إلى أبيه بلام الملك والاستحقاق فيدل على أنه ملكه، **قلنا:** لم يرد النبى ﷺ حقيقة الملك بدليل أنه أضاف إليه الولد وليس بمملوك وأضاف إليه ماله فى حال إضافته إلى الولد ولا يكون الشيء ملكًا لمالكين حقيقة بدليل أنه يحل له وطء إمائه والتصرف فى ماله وصحة بيعه وهبته وعتقه، ولأن الولد لو مات لم يرث أبوه منه إلا ما قدر له، ولو كان ماله لاختص به، ولو مات الأب لم يرث ورثته مال ابنه ولا يجب على الأب حج ولا زكاة ولا جهاد بيسار ابنه، فعلم أن النبى ﷺ إنما أراد التجوز بتشبيهه بماله فى بعض أحكامه، إذا ثبت هذا فإنه لا حد على الأب للشبهة، لأنه إذا لم يثبت له حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد، فإن الحد يدرأ بالشبهات، ولكن يعزر، لأنه وطئ وطئًا محرمًا فأشبه وطء الجارية المشتركة، وفيه وجه آخر أنه لا يعزر، لأن مال ولد كماله، ولا

---

(١٤) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٦٥ - ٦٦ - ٢٠٧٣) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٧/ ١٣٦/ ١٢٥٣٦) فى إسناده راو لم يسم.

(١٥) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٦٥/ ٢٠٧١) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٧/ ١٣٥/ ١٢٥٣١).

فصل: وإن اعترف بوطء أمته فى الدبر أو دون الفرج فقد روى عن أحمد ﷺ أن يلحقه ولدها وتصير فراشًا بهذا، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ﷺ، ولأنه قد يجامع فيسبق الماء إلى الفرج، والصحيح فى هذا إن شاء الله تعالى أنها لا تصير بهذا فراشًا، لأنه ليس بمنصوص عليه ولا هو فى معنى المنصوص، ولا يثبت الحكم إلا بدليل ولا ينتقل عن الأصل إلا بناقل عنه، إذا ثبت هذا فكل موضع لحقه الولد من أمته إذا حملت به فى ملكه فالولد حر الأصل لا ولاء عليه وتصير به الأمة أم ولد.

٢٠١٢- **مسألة:** قال: **(وأحكام أمهات الأولاد أحكام الإماء فى جميع أمورهن إلا أنهن لا يبعن)**.

وجملة ذلك أن الأمة إذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاد وحكمها حكم الإماء فى حل وطئها لسيدها واستخدامها وملك كسبها وتزويجها وإجارتها وعتقها وتكليفها وحدها وعورتها، وهذا قول أكثر أهل العلم، وحكى عن مالك أنه لا يملك أنه لا يملك إجارتها وتزويجها، لأنه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها وإجارتها كالحرة، وتعتق بموت سيدها فأشبهت المدبرة، وإنما منع بيعها لأنها استحقت أن تعتق بموته، وبيعها يمنع

يصح لأن ماله مباح له غير ملوم عليه بخلاف وطء الأب، فإنه عاد فيه ملوم عليه فإن علقت منه فالولد حر، لأنه من وطء درئ فيه الحد لشبهة الملك فكان حرًا كولد الجارية المشتركة ولا يلزمه قيمته، لأن الجارية تصير ملكًا له بالوطء فيحصل علوقها بالولد وهى ملكه وتصير أم ولد له تعتق بموته وتنتقل إلى ملكه فيحل له وطؤها بعد ذلك، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه، وقال فى الآخر: لا تصير أم ولد له ولا يملكها، لأنه استولدها فى غير ملكه فأشبه الأجنبى، ولأن ثبوت أحكام الاستيلاد إنما كان بالإجماع فيما إذا استولد مملوكته، وهذه ليست مملوكته ولا فى معنى مملوكته، لأنها محرمة عليه فوجب أن لا يثبت لها هذا الحكم، لأن الأصل الرق فتبقى على الأصل، ولأن الوطء المحرم لا ينبغى أن يكون سببًا للملك الذى هو نعمة وكرامة، لأنه يفضى إلى تعاطى المحرمات.

ولنا: أنها علقت منه بحر لأجل الملك فصارت أم ولد له كالجارية المشتركة وبهذا فارق وطء الأجنبى، إذا ثبت هذا فإنه لا يلزمه مهرها ولا قيمتها، وقال أبو حنيفة: لا يلزمه مهرها وتلزمه قيمتها، لأنه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم أشبه ما لو قتلها، وإنما لم يلزم مهرها لأنه إذا ضمنها فقد دخلت قيمة البضع فى ضمانها فلم يضمنه ثانيًا كما لو قطع يدها فسرى القطع إلى نفسها، فإنه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد، وقال الشافعى: يلزمه مهرها، لأنه وطئ جارية غيره وطئًا محرمًا فلزمه مهرها كالأجنبى وتلزمه قيمتها على القول بكونها أم ولد كما يلزم أحد الشريكين نصيب شريكه إذا استولد الجارية المشتركة.

ولنا: قول النبى ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» ولأنه لا يلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها

ذلك بخلاف التزويج والإجارة، ويبطل دليلهم بالموقوفة والمدبرة عند من منع بيعها، إذا ثبت هذا فإنها تخالف الأمة القن فى أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقف ولا ما يراد للبيع وهو الرهن ولا تورث، لأنها تعتق بموت السيد ويزول الملك عنها، روى هذا عن عمر وعثمان وعائشة(١٦) وعامة الفقهاء وروى عن عليٍّ وابن عبَّاس وابن الزُّبير إباحة بيعهن، وإليه ذهب داودُ، قال سعيد: حدثنا سفيان عن عمرو عن عطاء، عن ابن عباس فى أم الولد قال: بعها كما تبيع شاتك أو بعيرك(١٧)، قال وحدثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبى عن عبيدة قال: خطب على الناس فقال: شاورنى عمر فى أمهات الأولاد فرأيت أنا وعمر أن أعتقهن فقضى به عمر حياته وعثمان حياته فلما وليت رأيت أن أرقهن(١٨)، قال عبيدة فرأى عمر وعلى فى الجماعة أحب إلينا من رأى على وحده، وقد روى صالح بن أحمد قال: قلت لأبى إلى أى شيء تذهب فى بيع أمهات الأولاد؟ قال: أكرهه، وقد باع على بن أبى طالب ﷺ، وقال فى رواية إسحاق بن منصور لا يعجبنى بيعهن، قال أبو الخطاب فظاهر هذا أنه يصح بيعهن مع الكراهة فجعل هذا رواية ثانية عن أحمد ﷺ والصحيح أن هذا ليس رواية مخالفة لقوله أنهن لا يبعن، لأن

ولا قيمتها كمملوكته، ولأنه وطء صارت به الموطوءة أم ولد لأمر لا يختص ببعضها فأشبه استيلاد مملوكته.

فصل: فإن كان الابن قد وطأ جاريته ثم وطئها أبوه فأولدها فقد روى عن أحمد فيمن وقع على جارية ابنه إن كان الأب قابضًا لها ولم يكن الابن وطئها فهى أم ولده فليس للابن فيها شىء.

وقال القاضى: فظاهر هذا أن الابن إن كان وقد وطئها لم تصر أم ولد للأب باستيلادها، لأنها تحرم عليه تحريمًا مؤبدًا بوطء ابنه ولا تحل له بحال فأشبه وطء الأجنبى، فعلى هذا القول لا يملكها ولا تعتق بموته، فأما ولدها فيعتق على أخيه، لأنه ذو رحمه كما لو استولد مملوكته التى وطئها ابنه فإنها تصير أم ولد له مع تحريمها عليه على التأبيد، فكذلك ههنا لأنه وطء يدرأ فيه الحد لشبهة الملك فصارت به أم ولد كما لو لم يطأها الابن.

فصل: فإن وطئ الابن جارية أبيه فهو زان عليه الحد إذا كان عالمًا بالتحريم ولا تصير أم ولد له ويلزمه مهرها ويعتق ولده على جده، لأنه ابن ابنه، إذا قلنا: إن ولد الزنا يعتق على

---

(١٦) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٤٥).

(١٧) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٦٣/ ٢٠٦٠) وعبد الرزاق فى «المصنف» (٧/ ٢٩٠/ ١٣٢١٨).

(١٨) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٦٠/ ٢٠٤٧) والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٤٣) وإسناده صحيح.

السلف رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيرًا ومتى كان التحريم والمنع مصرحًا به في سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ولا يجعل ذلك اختلافًا ولمن أجاز بيعهن أن يحتج بما روى جابر قال بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، فلما كان عمر ﷺ نهانا فانتهينا، رواه أبو داود(١٩) وما كان جائزًا في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر لم يجز نسخه بقول عمر ولا غيره، ولأن نسخ الأحكام إنما يجوز في عصر رسول الله ﷺ لأن النص إنما ينسخ بنص مثله، وأما قول الصحابي فلا ينسخ ولا ينسخ به، فإن أصحاب النبي ﷺ كانوا يتركون أقوالهم لقول رسول الله ﷺ ولا يتركونها بأقوالهم وإنما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على أنه لم يبلغه، ولو بلغه لم يعد إلى غيره، ولأنها مملوكة ولم يعتقها سيدها ولا شيئًا منها ولا قرابة بينه وبينها فلم تعتق كما لو ولدت من أبيه في نكاح أو غيره، ولأن الأصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا إجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليه، ولأن ولادتها لو كانت موجبة لتعقها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر أسبابه وروى عن ابن عباس رواية أخرى أنها تجعل في سهم ولدها لتعتق عليه(٢٠) ، وقال سعيد: حدثنا سفيان حدثنا الأعمش عن زيد بن وهب قال: مات

أبيه وتحرم الجارية على الأب على التأبيد ولا تجب قيمتها على الابن، لأنه لم يخرجها عن ملك أبيه ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع فإن استولدها الأب بعد ذلك فقد فعل محرمًا ولا حد عليه، لأنه وطء صادف ملكًا وتصير أم ولد له، لأنه استولد مملوكته فأشبه ما لو وطئ أمته المرهونة.

فصل: فإن وطئ أمته وهي مزوجة فقد فعل محرمًا ولا حد عليه لأنها مملوكته ويعزر ، قال أحمد: يجلد ولا يرجم، يعني أنه يعزر بالجلد، لأنه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم إذا كان محصنًا، فإن أولدها صارت أم ولد له، لأنه استولد مملوكته وتعتق بموته وولده حر وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه.

فصل: ولو ملك رجل أمه من الرضاع أو أخته أو ابنته لم يحل له وطؤها ، فإن وطئها فلا حد عليه في أصح الروايتين، لأنها مملوكته ويعزر، وإن ولدت منه فالولد حر ونسبه لاحق به وهي أم ولده، ولذلك لو ملك أمة مجوسية أو وثنية فاستولدها، أو ملك الكافر أمة مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ويلحقه نسب ولده وتصير أم ولد تعتق بموته لما ذكرنا، وكذلك لو وطئ أمته المرهونة أو وطئ رب المال أمة من مال المضاربة فأولدها صارت له

---

(١٩) أخرجه أبو داود في «العتق» (٤/ ح٣٩٥٤) والحاكم في «المستدرك» (٢/ ١٨، ١٩) والبيهقي في «السنن» (١٠/ ٣٤٧) وإسناده صحيح.

(٢٠) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» من كتاب «البيوع والأقضية» باب «بيع أمهات الأولاد» (٦/ ٤٤٠).

رجل منا وترك أم ولد فأراد الوليد بن عقبة أن يبيعها فى دينه فأتينا عبد الله بن مسعود فذكرنا ذلك له فقال: إن كان ولا بد فاجعلوها فى نصيب أولادها[(٢١)].

ولنا: ما روى عكرمة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما أمة ولدت من سيدها فهى حرة عن دبر منه»[(٢٢)] وقال ابن عباس: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ فقال: «أعتقها ولدها» رواهما ابن ماجه[(٢٣)].

وذكر الشريف أبو جعفر فى مسائله عن ابن عمر عن النبى ﷺ أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد ولا يبعن ولا يرهن ولا يرثن ويستمتع بها سيدها ما بدا له فإن مات فهى حرة[(٢٤)] وهذا فيما أظن عن عمر ولا يصح عن النبى ﷺ، ولأنه إجماع الصحابة ﷺ بدليل قول على كرم الله وجهه: كان رأيى ورأى عمر أن لا تباع أمهات الأولاد، وقوله فقضى به عمر حياته وعثمان حياته، وقول عبيدة رأى على كرم الله وجهه وعمر فى الجماعة أحب إلينا من رأيه وحده.

بذلك أم ولد وخرجت من الرهن والمضاربة، وإن كان فيها ربح جعل الربح فى مال المضاربة وعليه قيمتها للمرتهن تجعل مكانها رهنًا أو يوفيه عن دين الرهن، والله أعلم.

5- مسألة: (وأحكام أم الولد أحكام الأمة فى الإجارة والاستخدام والوطء وسائر أمورها إلا فيما ينقل الملك فى رقبتها كالبيع والهبة والوقف أو ما يراد له كالرهن، وعنه ما يدل على جواز بيعها مع الكراهة ولا عمل عليه).

وجملة ذلك أن الأمة إذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاد وحكمها حكم الإماء فى حل وطئها لسيدها واستخدامها ملك كسبها وتزويجها وإجارتها وعتقها وتكليفها وحدها وعورتها، وهذا قول أكثر أهل العلم، وحكى عن مالك أنه لا يملك إجارتها وتزويجها، لأنه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها وإجارتها كالحرة.

ولنا: أنها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها وإجارتها كالحرة وإنما منع بيعها، لأنها استحقت أن تعتق بموته، وبيعها يمنع ذلك بخلاف التزويج والإجارة ويبطل دليلهم بالموقوفة والمدبرة عند من منع بيعها، إذا ثبت هذا فإنها تخالف الأمة القن فى أنها تعتق

---

(٢١) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٦٣/ ٢٠٦١) وعبد الرزاق فى «مصنفه» (٧/ ٢٨٩/ ١٣٢١٤) والبيهقى مختصرًا من طريق الحكم بن عتيبة عن زيد بن وهب (١٠/ ٣٤٨).

(٢٢) أخرجه ابن ماجه فى «العتق» (٢/ ح٢٥١٥) وفى إسناده الحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس، قال الحافظ فى التقريب: «ضعيف» وأحمد فى «مسنده» (١/ ٣٢٠) وقال أحمد شاكر: إسناده ضعيف.

(٢٣) تقدم فى أول كتاب العتق برقم (١).

(٢٤) أخرجه الدارقطنى فى «السنن» (٤/ ٣٤/ ١٣٤) وقال: عن عبد الله بن عمر عن عمر بنحوه غير مرفوع.

وروى عكرمة عن ابن عباس قال: قال عمر ﷺ: ما من رجل كان يقر بأنه يطأ جاريته ثم يموت إلا أعتقها ولدها إذا ولدت وإن كان سقطًا(٢٥)، **فإن قيل**: فكيف تصح دعوى الإجماع مع مخالفة على وابن عباس وابن الزبير ﷺ؟ **قلنا**: قد روى عنهم الرجوع عن المخالفة فقد روى عبيدة قال: بعث إلىَّ على كرم الله وجهه وإلى شريح أن اقضوا كما كنتم تقضون فإنى أبغض الاختلاف(٢٦) وابن عباس قال: ولد أم الولد بمنزلتها، وهو الرواى لحديث عتقهن عن النبى ﷺ وعن عمر، فيدل على موافقته لهم، ثم قد ثبت الإجماع باتفاقهم قبل المخالفة واتفاقهم معصوم عن الخطأ، فإن الأمة لا تجتمع على ضلالة ولا يجوز أن يخلو زمن عن قائم لله بحجته ولو جاز ذلك فى بعض العصر لجاز فى جميعه ورأى الموافق فى زمن الاتفاق خير من رأيه فى الخلاف بعده فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره؟ **فإن قيل**: فلو كان الاتفاق فى بعض العصر إجماعًا حرمت مخالفته فكيف خالفه هؤلاء الأئمة الذين لا تجوز نسبتهم إلى ارتكاب الحرام؟ **قلنا**: الإجماع ينقسم إلى مقطوع به ومظنون وهذا من المظنون فيمكن وقوع المخالفة منهم له مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة الظنية ولا تخرج بمخالفتهم عن كونها حجة كذا ههنا.

بموت سيدها من رأس المال ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقف ولا ما يراد للبيع وهو الرهن ولا تورث، لأنها تعتق بموت سيدها ويزول الملك عنها، روى هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء.

وروى عن على وابن عباس وابن الزبير إباحة بيعهن وإليه ذهب داود قال: ثنا سعيد ثنا سفيان عن عمرو عن عطاء عن ابن عباس فى أم الولد قال: بعها كما تبيع ثيابك أو بعيرك، قال: وثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبى عن عبيدة قال: خطب على الناس فقال: شاورنى عمر فى أمهات الأولاد فرأيت أنا وعمر أن أعتقهن فقضى به عمر حياته وعثمان حياته فلما وليت رأيت إن أرقهن، قال عبيدة: فرأى عمر وعلى فى الجماعة أحب إلينا من رأى على وحده، وقد روى صالح بن أحمد قال: قلت لأبى: إلى أى شىء تذهب فى بيع أمهات الأولاد؟ قال: أكرهه، وقد باع على بن أبى طالب، وقال فى رواية إسحاق بن منصور: لا يعجبنى بيعهن، قال أبو الخطاب: وظاهر هذا أنه يصح بيعهن مع الكراهة، فجعل هذا رواية ثانية عن أحمد، قال شيخنا: والصحيح أن هذا ليس برواية مخالفة لقوله أنهن لا يبعن، لأن السلف رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيرًا، ومتى كان التحريم والمنع مصرحًا به فى سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ولا يجعل

---

(٢٥) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٤٦) وسعيد بن منصور فى «سننه» (٤/ ٦٢/ ٢٠٥٢) وإسناده صحيح.

(٢٦) انظر «أخبار القضاة» (٢/ ٣٩٩).

فأما قول جابر: بعنا أمهات الأولاد فى عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر فليس فيه تصريح بأنه كان بعلم رسول الله ﷺ ولا علم أبى بكر، فيكون ذلك واقعًا من فعلهم على انفرادهم فلا يكون فيه حجة ويتعين حمل الأمر على هذا، لأنه لو كان هذا واقعًا بعلم رسول الله وأبى بكر وأقرا عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة بعدهما على مخالفتهما، ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر ينكر عليهم ويقول كيف يخالفون فعل رسول الله ﷺ وفعل صاحبه؟ وكيف يتركون سنتهما ويحرمون ما أحلا من هذا؟ ولأنه لو كان ذلك واقعًا بعلمهما لاحتج به على حين رأى بيعهن واحتج به كل من وافقه على بيعهن ولم يجز شىء من هذا فوجب أن يحمل الأمر على ما حملناه عليه فلا يكون فيه إذًا حجة، ويحتمل أنهم باعوا أمهات الأولاد فى النكاح لا فى الملك.

فصل: ومن أجاز بيع أم الولد فعلى قوله إن لم يبعها حتى مات ولم يكن وارث إلا ولدها عتقت عليه، وإن كان لها وارث سوى ولدها حسبت من نصيب ولدها فعتقت وكان له ما بقى من ميراثه، وإن لم يبق شىء فلا شىء له، وإن كانت أكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها لسائر الورثة إلا على قول من قال: إنه إذا ورث سهمًا ممن يعتق عليه سرى العتق إلى باقيه، وإن لم يكن لها ولد من سيدها ورثها كسائر رقيقه.

ذلك اختلافًا، وحجة من أجاز بيعهن ما روى جابر قال: بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر فلما كان عمر نهانا فانتهينا، وما كان جائزًا فى عهد النبى ﷺ وأبى بكر لم يجز نسخه بقول عمر ولا غيره، ولأن نسخ الأحكام إنما يجوز فى عهد النبى ﷺ، لأن النص إنما ينسخ بنص، وأما قول الصحابى فلا ينسخ ولا ينسخ به، وإن أصحاب النبى ﷺ كانوا يتركون أقوالهم لقول رسول الله ﷺ ولا يتركونه بأقوالهم وإنما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على أنه لم يبلغه ولو بلغه لم يعده إلى غيره، ولأنها مملوكة لم يعتقها سيدها ولا شيئًا منها ولا قرابة بينه وبينها فلم تعتق كما لو ولدت من ابنه فى نكاح أو غيره، ولأن الأصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا إجماع ولا ما فى معنى ذلك فوجب البقاء عليه، ولأن ولادتها لو كانت موجبة لعتقها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر أسبابه.

وروى عن ابن عباس رواية أخرى أنها تجعل فى سهم ولدها لتعتق عليه، قال سعيد: ثنا سفيان ثنا الأعمش عن زيد بن وهب قال: مات رجل منا وترك أم ولد فأراد الوليد بن عقبة أن يبيعها فى دينه فأتينا عبد الله بن مسعود فذكرنا ذلك له فقال: إن كان ولا بد فاجعلوها من نصيب أولادها.

ولنا: ما روى عكرمة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما أمة ولدت من سيدها فهى حرة عن دبر منه» وقال ابن عباس: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ فقال: «أعتقها ولدها» رواهما ابن ماجه، وذكر الشريف أبو جعفر فى مسائله عن ابن عمر عن النبى

٢٠١٣- مسألة: قال: **(وإذا أصاب الأمة وهى فى ملك غيره بنكاح فحملت منه ثم ملكها حاملاً عتق الجنين وكان له بيعها).**

وجملته أنه إذا تزوج أمة غيره فأولدها أو أحبلها ثم ملكها بشراء أو غيره لم تصر أم ولد له بذلك سواء ملكها حاملاً فولدت فى ملكه أو ملكها بعد ولادتها وبهذا قال الشافعى ﷺ، لأنها علقت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها، ولأن الأصل الرق وإنما خولف هذا الأصل فيما إذا حملت منه فى ملكه بقول الصحابة ﷺ ففيما عداه يبقى على الأصل.

ونقل القاضى ابن أبى موسى عن أحمد ﷺ أنها تصير أم ولد فى الحالين، وهو قول الحسن وأبى حنيفة، لأنها أم ولده وهو مالك لها فثبت لها حكم الاستيلاد كما لو حملت فى ملكه ولم أجد هذه الرواية عن أحمد فيما إذا ملكها بعد ولادتها إنما نقل عنه التوقف عنها فى رواية مهنا فقال: لا أقول فيها شيئًا، وصرح فى رواية جماعة سواه بجواز بيعها فقال: لا أرى بأسًا أن يبيعها، إنما الحسن وحده قال: إنها أم ولد، وقال أكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون: لا تكون أم ولد حتى تلد عنده وهو يملكها، فإن عبيدة السلمانى يقول: نبيعها،

ﷺ أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد ولا يعن ولا يرهن ولا يرثن يستمتع بها سيدها ما بدا له، فإن مات فهى حرة، قال شيخنا: وهذا فيما أظن عن عمر ولا يصح عن النبى ﷺ ولأنه إجماع الصحابة ﷺ بدليل قول على: كان رأيى ورأى عمر أن لا تباع أمهات الأولاد، وقوله: فقضى به عمر حياته وعثمان حياته، وقول عبيدة: رأى على فى الجماعة أحب إلينا من رأيه وحده، وروى عكرمة عن ابن عباس قال: قال عمر: ما من رجل يقر بأنه يطأ جارية ثم يموت إلا أعتقها إذا ولدت، وإن كان سقطًا، **فإن قيل:** فكيف تصح دعوى الإجماع مع مخالفة على وابن الزبير، **قلنا:** قد روى عنهم الرجوع عن المخالفة، فروى عبيدة قال: بعث إلىَّ على وإلى شريح فقال لى: اقضوا كما كنتم تقضون فإنى أبغض الاختلاف، وابن عباس قال: ولد أم الولد بمنزلتها وهو الراوى لحديث عتقهن عن النبى ﷺ وعن عمر فيدل على موافقته لهم ثم قد ثبت الإجماع باتفاقهم قبل المخالفة واتفاقهم معصوم عن الخطأ، فإن الأمة لا تجمع على ضلالة ولا يجوز أن يخلو زمن عن قائم لله بحجته ولو جاز ذلك فى بعض العصر لجاز فى جميعه، ورأى الموافق فى زمن الاتفاق خير من رأيه فى الخلاف بعده فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره، **فإن قيل:** فلو كان الاتفاق فى بعض العصر إجماعًا حرمت مخالفته فكيف خالفه هؤلاء الأئمة الذين لا تجوز نسبتهم إلى ارتكاب الحرام، **قلنا:** الإجماع ينقسم إلى مقطوع به ومظنون، وهذا من المظنون فتمكن المخالفة منهم مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية، ولم تخرج مخالفتهم عن كونها حجة كذا ههنا، فأما قول جابر: بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ

وشُرَيح وإبراهيم وعامر الشعبى، وإما إذا ملكها حاملاً فظاهر كلام أحمد ﷺ أنها تصير أم ولد، وهو مذهب مالك ﷺ، لأنها ولدت منه فى ملكه فأشبه ما لو أحبلها فى ملكه وقد صرح أحمد ﷺ فى رواية إسحاق بن منصور أنها لا تكون أم ولد حتى تحدث عنده حملاً، وروى عنه ابنه صالح قال: سألت أبى عن الرجل ينكح الأمة فتلد منه ثم يبتاعها قال: لا تكون أم ولد له، قلت: فإن استبرأها وهى حامل منه قال: إذا كان الوطء يزيد فى الولد وكان يطأها بعدما اشتراها وهى حامل منه كانت أم ولد له، قال ابن حامد: إن وطئها فى ابتداء حملها أو توسطه كانت بذلك أم ولد له، لأن الماء يزيد فى سمع الولد وبصره، وقال القاضى: إن ملكها حاملاً فلم يطأها حتى وضعت لم تصر أم ولد له، وإن وطئها حال حملها نظرنا، فإن كان بعد أن كمل الولد وصار له خمسة أشهر لم تصر به أم ولد، وإن كان وطئها قبل ذلك صارت له بذلك أم ولد، لأن عمر ﷺ قال: أبعد ما اختلطت دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بعتموهن[٢٧]؟ فعلل بالمخالطة والمخالطة ههنا حاصلة، لأن الماء يزيد فى الولد، ولأن لحرية البعض أثرًا فى تحرير الجميع بدليل ما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد.

وأبى بكر فليس فيه تصريح بأنه كان بعلم رسول الله ﷺ ولا علم أبى بكر فيكون ذلك واقعًا منهم على انفرادهم فلا تكون فيه حجة ويتعين حمل الأمر على هذا، لأنه لو كان هذا واقعًا بعلم رسول الله ﷺ وأبى بكر وأقرا عليه لم تجز مخالفته، ولم يجمع الصحابة بعدهما على مخالفتهما، ولو فعلوا ذلك لم يخل من مُنْكِر عليهم، ويقول: كيف تخالفون فعل رسول الله ﷺ وفعل صاحبيه؟ وكيف تتركون سنتهما وتحرمون ما أحلا، ولأنه لو كان ذلك واقعًا بعلمهما لاحتج به على حين رأى بيعهن، واحتج به كل من وافقه على بيعهن ولم يجز شىء من هذا فوجب أن يحمل الأمر على ما حملناه عليه فلا يكون فيه إذًا حجة، ويحتمل أنهم باعوا أمهات الأولاد فى النكاح لا فى الملك.

فصل: ومن أجاز بيعهن فعلى قوله إن لم يبعها سيدها حتى مات ولم يكن له وارث إلا ولدها عتقت عليه، وإن كان له وارث سوى ولدها حسبت من نصيبه فعتقت وكان له ما بقى من ميراثه وإن لم يبق شىء فلا شىء له، وإن كانت أكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة إلا على قول من قال إنه إذا ورث سهمًا ممن يعتق عليه سرى العتق إلى باقيه، فإنه يعتق إن كان موسرًا، وإن لم يكن لها ولد من سيدها ورثها ورثته كسائر رقيقه.

6- مسألة: (وإن ولدت من غير سيدها فلولدها حكمها فى العتق بموت سيدها سواء عتقت أو ماتت).

---

(٢٧) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٧/ ٢٩٦ - ٢٩٧/ ١٣٢٤٨) وسعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٦١/ ٢٠٤٩).

وقال أبو الخطاب: إن وطئها بعد الشراء فهى أم ولد، وكلام الخرقى يقتضى أنها لا تكون أم ولد إلا أن تحبل منه فى ملكه، وهو الذى نص عليه أحمد ﷺ فى رواية إسحاق بن منصور فقال: لا تكون أم ولد حتى تحدث عنده حملاً، لأنها تعلق منه بحر فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها، يحقق هذا أن حملها منه ما أفاد الحرية لولده، فلأن لا يفيدها الحرية أولى، ويفارق هذا ما إذا حملت منه فى ملكه فإن الولد حر فيتحرر بتحريره وما ذكروه من زيادة الولد بالوطء غير متيقن، فإن هذا الولد يحتمل أنه زاد، ويحتمل أنه لم يزد فلا يثبت الحكم بالشك ولو ثبت أنه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة بدليل ما لو ملكها وهى حامل من زنا منه أو من غيره فوطئها لم تصر أم ولد، وإن زاد الولد به ولأن حكم الاستيلاد إنما يثبت بالإجماع فى حق من حملت منه فى ملكه وما عداه ليس فى معناه، وليس فيه نص ولا إجماع فوجب أن لا يثبت هذا الحكم، ولأن الأصل الرق فيبقى على ما كان عليه.

فصل: قال أحمد ﷺ فيمن اشترى جارية حاملاً من غيره فوطئها قبل وضعها فإن الولد لا يلحق بالمشترى ولا يبيعه ولكن يعتقه، لأنه قد شرك فيه، لأن الماء يزيد فى الولد.

إذا ولدت أم الولد بعد ثبوت حكم الاستيلاد لها من غير سيدها من زوج أو غيره فحكمه حكمها فى أنه يعتق بموت سيدها ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ويمتنع فيه ما يمتنع فيها، قال أحمد: قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما: ولدها بمنزلتها ولا نعلم فى هذا خلافًا بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد إلا أن عمر بن عبد العزيز قال: هم عبيد، فيحتمل أنه أراد أنهم لا يثبت لهم حكم أمهم، لأن الاستيلاد يختص بها فتختص بحكمه كولد من علق عتقها بصفة، ويحتمل أنه أراد أنهم عبيد حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة، لأن الولد يتبع أمه فى الرق والحرية فيتبعها فى سببه إذا كان متأكدًا كولد المكتبة والمدبرة بل ولد أم الولد أولى، لأن سبب العتق فيها مستقر لا سبيل إلى إبطاله بحال، وإن ماتت أم الولد قبل سيدها لم يبطل حكم الاستيلاد فى الولد وتعتق بموت سيدها، لأن السبب لم يبطل وإنما لم تثبت الحرية فيها، لأنها لم تبق محلاً، وكذلك ولد المدبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه، وأما ولد المكاتبة إذا ماتت فإنه يعود رقيقًا بموتها فلم يبق حكمه فيه، وفى ذلك اختلاف ذكرناه فى بابه، فإن أعتق السيد أم الولد أو المدبرة لم يعتق ولدها لأنها عتقت بغير السبب الذى تبعها فيه ويبقى عتقه موقوفًا على موت سيده وكذلك إن أعتق ولدهما لم يعتقا بعتقه، وإن أعتق المكاتبة فقد قال أحمد وسفيان وإسحاق: المكاتبة إذا أدت أو أعتقت عتق ولدها، وأم الولد والمدبرة إذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد، فظاهر هذا أن ولد المكاتبة إذا أعتقها سيدها أنه يتبعها فى العتق، لأنه فى حكم مالها تستحق كسبه فيتبعها فى العتق كمالها، لأن إعتاقها منع أداءها بسبب من السيد فأشبه ما لو أبرأها من مال الكتابة.

وقد روى عن أبى الدرداء عن النبى ﷺ أنه مر بامرأة مجح[٢٨] على باب فسطاط فقال: «لعله يريد أن يلم بها؟» قالوا: نعم، فقال رسول الله ﷺ: «لقد هممت أن ألعنه لعنًا يدخل معه فى قبره، كيف يورثه وهو لا يحل له؟ أم كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟» رواه أبو داود[٢٩] يعنى إن استحلفه وشركه فى ميراثه لم يحل له، لأنه ليس بولده، فإن اتخذه مملوكًا يستخدمه لم يحل له، لأنه قد شرك فيه لكونه الماء يزيد فى الولد.

فصل: وإذا وطئ الرجل جارية ولده فإن كان قد قبضها وتملكها ولم يكن الولد وطئها ولا تعلقت بها حاجته فقد ملكها الأب بذلك وصارت جاريته والحكم فيها كالحكم فى جاريته التى ملكها بالشراء، وإن وطئها قبل تملكها فقد فعل محرمًا لأن الله تعالى قال: ﴿**وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٦) فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ**﴾ (المؤمنون: ٥ - ٧) وهذه ليست زوجًا له ولا ملك يمينه، **فإن قيل:** فقد قال النبى ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[٣٠] فأضاف مال الابن إلى أبيه بلام الملك والاستحقاق فدل على أنه ملكه، **قلنا:** لم يرد النبى ﷺ حقيقة الملك بدليل أنه أضاف إليه الولد وليس بمملوك وأضاف إليه ماله فى حالة إضافته إلى الولد ولا يكون الشىء مملوكًا

فصل: فأما ولد أم الولد قبل استيلادها وولد المدبرة قبل تدبيرها وولد المكاتبة قبل كتابتها فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب فى أمه ولهذا لا يتبعها فى العتق المنجز ففى السبب أولى، وذكر أبو الخطاب فى ولد المدبرة قبل التدبير روايتين فيخرج ههنا مثله وهذا بعيد، لأن الولد المنفصل لا يتبعها فى عتق ولا بيع ولا هبة فى شىء من الأحكام سوى الإسلام بشرط كونه صغيرًا فكيف يتبع فى التدبير؟ ولأنه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله.

7- مسألة: (وإن مات سيدها وهى حامل فهل تستحق النفقة لمدة حملها؟ على روايتين).

هذا يشبه ما إذا مات عن امرأة حامل هل تستحق النفقة لمدة حملها؟ على روايتين ومبنى الخلاف على الخلاف فى نفقة الحامل هل هى للحمل أو للحامل؟ فإن قلنا هى للحمل فلا نفقة لها ولا للأمة الحامل، لأن الحمل له نصيب فى الميراث فتجب نفقته فى نصيبه لا فى أنصباء شركائه، وإن قلنا للحامل فالنفقة على الزوج والسيد، لأنهما شغلاها بحملها فكان عوض ذلك عليهما كما لو استأجرا دارًا كانت أجرتها عليهما.

8- مسألة: (وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها وعنه يفديها بأرش الجناية كله).

---

(٢٨) **مجح:** هى الحامل المقرب التى عظم بطنها. (٢٩) تقدم برقم (٧٩) فى المسألة رقم (١٣٦٢).
(٣٠) تقدم برقم (٤) فى المسألة رقم (٧٨).

لمالكين حقيقة فى حال واحدة، وقد ثبت الملك لولده حقيقة بدليل حل وطء إمائه والتصرف فى ماله وصحة بيعه وهبته وعتقه، ولأن الولد لو مات لم يرث منه أبوه إلا ما قدر له، ولو كان ماله لاختص به ولو مات الأب لم يرث ورثته مال ابنه ولا يجب على الأب حج ولا زكاة ولا جهاد بيسار ابنه، فعلم أن النبى ﷺ إنما أراد التجوز بتشبيهه بماله فى بعض الأحكام.

إذا ثبت هذا فإنه لا حد على الأب للشبهة، لأنه إذا لم يثبت حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد فإن الحدود تدرأ بالشبهات، ولكن يعذر، لأنه وطئ جارية لا يملكها وطئًا محرمًا فكان عليه التعزير كوطء الجارية المشتركة، وفيه وجه آخر لا يعزر عليه، لأن مال ولده كماله ولا يصح لأن ماله مباح له غير ملوم عليه، وهذا الوطء هو عاد فيه ملوم عليه وإن علقت منه فالولد حر، لأنه من وطئ درئ فيه الحد لشبهة الملك وكان حرًا كولد الجارية المشتركة ولا تلزمه قيمته، لأن الجارية تصير ملكًا له بالوطء فيحصل علوقها بالولد وهى ملك له وتصير أم ولد له تعتق بموته وتنقل إلى ملكه فيحل له وطؤها بعد ذلك، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه، وقال فى الآخر: لا تصير أم ولد له ولا يملكها لأنه استولدها فى غير ملكه فأشبه الأجنبى، ولأن ثبوت أحكام الاستيلاد إنما كان بالإجماع فيما إذا استولد

إذا جنت أم الولد تعلق أرش جنايتها برقبتها وعلى السيد أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو دونها، وبهذا قال الشافعى، وحكى أبو بكر عبد العزيز قولاً آخر أنه يفديها بأرش جنايتها بالغة ما بلغت، لأنه لم يسلمها فى الجناية فلزمه أرش جنايتها بالغة ما بلغت كالقن، وقال أبو ثور وأهل الظاهر: ليس عليه فداؤها وجنايتها فى ذمتها تتبع بها إذا عتقت، لأنه لا يملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحرة.

ولنا: أنها مملوكة له يملك كسبها لم يسلمها فلزمه أرش جنايتها كالقن ولا تلزمه زيادة على قيمتها، لأنه لم يمتنع من تسليمها وإنما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محلاً للبيع ولا لنقل الملك فيها وأما القن إذا لم يسلمها فلنا فيه منع، وإن سلم فلأن القن أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها راغب أكثر من قيمتها فإذا امتنع مالكها من تسليمها أوجبنا عليه الأرش بكماله بخلاف أم الولد فإن ذلك لا يحتمل فيها، لأنه لا يجوز بيعها فلم يكن عليه أكثر من قيمتها.

فصل: فإن ماتت قبل فدائها فلا شىء على سيدها، لأنه لم يتعلق بذمته شىء وإنما تعلق برقبتها فإذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه، وإن نقصت قيمتها قبل فدائها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء، لأنها لو تلفت جميعها لسقط الفداء فيجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها وإن زادت قيمتها زاد فداؤها، لأن متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالقن، وينبغى أن تجب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد، لأن ذلك ينقصها فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب، ولأن الواجب قيمتها فى حال فدائها وقيمتها ناقصة عن قيمة أم الولد فيجب أن ينقص فداؤها وأن

مملوكته وهذه ليست مملوكة له ولا فى معنى مملوكته، فإنها محرمة عليه فوجب أن لا يثبت لها هذا الحكم، ولأن الأصل الرق فيبقى على الأصل، ولأن الوطء المحرم لا ينبغى أن يكون سببًا للملك الذى هو نعمة وكرامة، لأنه يفضى إلى تعاطى المحرمات.

ولنا: أنها علقت منه بحر لأجل الملك فصارت أم ولد له كالجارية المشتركة، وفارق وطء الأجنبى فى هذا، إذا ثبت هذا فإنه لا يلزمه مهرها ولا قيمتها.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه مهرها ويلزمه قيمتها، لأنه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم فأشبه ما لو قتلها، وإنما لم يلزمه مهرها لأنه إذا ضمنها فقد دخلت قيمة البضع فى ضمانها فلم يضمنه ثانيًا كما لو قطع فسرى القطع إلى نفسها، فإنه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد، وقال الشافعى: يلزمه مهرها، لأنه وطئ جارية غيره وطئًا محرمًا فلزمه مهرها كالأجنبى وتلزمه قيمتها على القول بكونها أم ولد كما يلزم أحد الشريكين قيمة نصيب شريكه إذا استولد الجارية المشتركة.

ولنا: قول النبى ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» ولأنه لا تلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كمملوكة، ولأنه وطء صارت به الموطوءة أم ولد لأمر لا يختص ببعضها فأشبه استيلاد مملوكته.

يكون مقدراً بقيمتهما فى حال كونها أم ولد والحكم فى المدبرة كالحكم فى أم الولد إن قلنا لا يجوز بيعها، وإن قلنا يجوز بيعها فيمكن تسليمها للبيع إن اختار سيدها فإن امتنع منه فهل يفديها بقيمتها أو أرش الجناية بالغة ما بلغت؟ يخرج على روايتين.

فصل: فإن كسبت بعد جنايتها شيئًا فهو لسيدها، لأن الملك ثابت له دون المجنى عليه، وكذلك ولدها، لأنه منفصل عنها فأشبه الكسب، وإن فداها فى حال حملها فعليه قيمتها حاملاً، لأن الولد متصل بها أشبه سمنها، وإن أتلفها سيدها فعليه قيمتها، لأنه أتلف حق غيره أشبه إتلاف الرهن، وإن نقصها فعليه نقصها، لأنه لما ضمن العين ضمن أجزاءها.

٩- مسألة: (فإن عادت فجنت فداها أيضًا وعنه يتعلق ذلك بذمتها).

فأما إن جنت جنايات، فإن كانت الجنايات كلها قبل فداء شىء منها تعلق أرش الجميع برقبتها ولم يكن عليه فيها كلها إلا قيمتها أو أرش جميعها وعليه الأقل منهما ويشترك المجنى عليهم فى الواجب لهم فإن لم يف بها تحاصوا فيها بقدر أروش جناياتهم، وإن كانت الجناية الثانية بعد فدائه من الأولى فعليه فداؤها من التى بعدها كالأولى، وحكى أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد أنه إذا فداها بقيمتها مرة لم يلزمه فداؤها بعد ذلك، لأنها جانية فلم يلزمه أكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها، وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا يضمنها ثانيًا ويشارك الثانى الأول فيما أخذه كما لو كانت قبل فدائها.

ولنا: أنها أم ولد جانية فلزمه فداؤها كالأولى، ولأن ما أخذه الأول عوض جنايته أخذه

فصل: فإن كان الولد قد وطئ جاريته ثم وطئها أبوه فأولدها فقد روى عن أحمد ﷺ فيمن وقع على جارية ابنه إن كان الأب قابضًا لها ولم يكن الابن وطئها فهى أم ولده وليس للابن فيها شيء، قال القاضى: فظاهر هذا أن الابن إن كان قد وطئها لم تصر أم ولد للأب باستيلادها، لأنها تحرم عليه تحريمًا مؤبدًا بوطء ابنه لها ولا تحل له بحال فأشبه وطء الأجنبى، فعلى هذا القول لا يملكها ولا تعتق بموته، فأما ولدها فيعتق على أخيه، لأنه ذو رحم منه، ويحتمل أن يثبت لها حكم الاستيلاد من غير أن تحل له كما لو استولد مملوكته التى وطئها ابنه فإنها تصير أم ولد له مع كونها محرمة عليه على التأبيد فكذلك هاهنا، وذلك لأنه وطء يدرأ فيه الحد بشبهة الملك فصارت به أم ولد كما لو لم يطأها الابن.

فصل: وإن وطئ الابن جارية أبيه أو أمه فهو زان يلزمه الحد إذا كان عالمًا بالتحريم ولا تصير أم ولد له ويلزمه مهرها وولده يعتق على جده، لأنه ابن ابنه، إذا قلنا إن ولده من الزنا يعتق على أبيه وتحرم الجارية على الأب على التأبيد، ولا تجب بسبب قيمتها على الابن، لأنه لم يخرجها عن ملكه ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع، فإن استولدها الأب بعد ذلك فقد فعل محرمًا ولا حد عليه، لأنه وطء صادف ملكًا، وتصير أم ولد له لأنه استولد مملوكته فأشبه ما لو طئ أمته المرهونة.

فصل: وإن زوج أمته ثم وطئها فقد فعل محرمًا ولا حد عليه، لأنها مملوكته ويعزر، قال

بحق فلم يجز أن يشاركه غيره فيه كأرش جناية الحر أو الرقيق القن وفارق ما قبل الفداء، لأن أرش الجنايات تعلق برقبتها فى وقت واحد فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة كما لو كانت الجنايات على واحد.

فصل: فإن أبرأ بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقين إذا كانت كلها قبل الفداء، وإن كانت المعفو عنها بعد فدائه توفر أرشها على سيدها.

فصل: وللسيد تزويجها وإن كرهت، وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولى الشافعى واختيار المزنى، وقال فى القديم: ليس له تزويجها إلا برضاها، لأنه قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لا يملك السيد إبطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمكاتبة، وقال فى الثالث: ليس له تزويجها وإن رضيت، لأن ملكه فيها قد ضعفت وهى لم تكمل فلم يملك تزويجها كاليتيمة، وهل يزوجها الحاكم على هذا القول؟ فيه خلاف، وقد روى عن أحمد أنه قيل له: إن مالكًا لا يرى تزويجها، فقال: وما يصنع مالك؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان: إذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها.

ولنا: أنها أمة يملك الاستمتاع منها واستخدامها فملك تزويجها كالقن، وفارق المكاتبة فإنه لا يملك ذلك منها، والقول الثالث فاسد لذلك، ولأنه يفضى إلى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة إليه، وقولهم: يزوجها الحاكم، لا يصح، فإن الحاكم لا يزوج إلا عند عدم الولى أو

أحمد ﷺ: يجلد ولا يرجم، يعنى أنه يعزر بالجلد، لأنه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم إذا كان محصنًا، فإن أولدها صارت أم ولده، لأنه استولد مملوكته وتعتق بموته وولده حر وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه.

فصل: ولو ملك رجل أمه من الرضاع أو أخته أو ابنته لم يحل له وطؤها، فإن وطئها فلا حد عليه فى أصح الروايتين، لأنها مملوكته ويعزر، فإن ولدت فالولد حر ونسبه لاحق به وهى أم ولده وكذلك لو ملك أمة مجوسية أو وثنية فاستولدها، أو ملك الكافر أمة مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ويلحقه نسب ولده وتصير أم ولد له تعتق بموته لما ذكرنا، وكذلك لو وطئ أمته المرهونة أو وطئ رب المال أمة من مال المضاربة فأولدها صارت له بذلك أم ولد وخرجت من الرهن والمضاربة وعليه قيمتها للمرتهن تجعل مكانها رهنًا أو توفية عن دين الرهن وتنفسخ المضاربة فيها، وإن كان فيها ربح جعل الربح فى مال المضاربة، والله أعلم.

٢٠١٤- مسألة: قال: **(وإذا علقت منه بِحُرٍّ فى ملكه فوضعت بعض ما يستبين فيه خلق الإنسان كانت له بذلك أم ولد).**

ذكر الخرقى لمصيرها أم ولد شروطًا ثلاثة: **أحدها:** أن تعلق منه بحر، فأما إن علقت منه بمملوك ويتصور ذلك فى الملك فى موضعين: **أحدهما:** فى العبد إذا ملكه سيده، وقلنا: إنه يملك فإنه إذا وطئ أمته واستولدها فولده مملوك ولا تصير الأمة أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاد بذلك، وسواء أذن له سيده فى التسرى بها أو لم يأذن له، **والثانى:** إذا استولد المكاتب أمته فإن ولده مملوك له، وأما الأمة فإنه لا تثبت لها أحكام أم الولد فى العتق بموته فى الحال، لأن المكاتب ليس بحر وولده منها ليس بحر فأولى أن لا تتحرر هى، ومتى عجز المكاتب وعاد إلى الرق أو مات قبل أداء كتابته فهى أمة قن كأمة العبد القن، وهل يملك

غيبته أو عضله ولم يوجد واحد منها، إذا ثبت هذا فإنه إذا زوجها فالمهر له، لأنه بمنزلة كسبها وكسبها له.

10- مسألة: (وإن قتلت سيدها عمدًا فعليها القصاص وإن عفوا على مال أو كانت الجناية خطأ فعليها قيمة نفسها وتعتق فى الموضعين).

إذا قتلت أم الولد سيدها عمدًا فعليها القصاص لورثة سيدها، إن لم يكن له منها ولد كما لو لم تكن أم ولد، وإن كان له منها ولد وهو الوارث وحده لم يجب عليها القصاص، لأنه لو وجب لوجب لولدها ولا يجب للولد على أمه قصاص، وقد توقف أحمد عن هذه المسألة فى رواية مهنا وقال: دعنا من هذه المسائل، وقياس مذهبه ما ذكرناه، وإن كان مع ولده منها أولاد له من غيرها لم يجب القصاص أيضًا، لأن حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط كله، ونقل مهنا عن أحمد أنه يقتلها أولاده من غيرها، وهذه الرواية تخالف أصول مذهبه،

المكاتب بيعها والتصرف فيها؟ ففيه اختلاف، ذكر القاضى فى موضع أنه لا يثبت فيها شىء من أحكام الاستيلاد ولا تصير أم ولد بحال، وهذا أحد قولى الشافعى، لأنها علقت بمّملوك فى ملك غير تام فلم يثبت لها شىء من أحكام الاستيلاد كأمة العبد القن، وظاهر المذهب أنها موقوفة لا يملك بيعها ولا نقل الملك فيها، فإن عتق صارت له أم ولد تعتق بموته فيثبت لها من حرمة الاستيلاد ما يثبت لولدها من حرمة الحرية، وقد نص أحمد رضي الله عنه على منع بيعها، ومفهوم كلام الخرقى يحتمل الرجهين جميعًا.

الشرط الثانى: أن تعلق منه فى ملكه سواء كان من وطء مباح أو محرم مثل الوطء فى الحيض أو النفاس أو الصوم أو الإحرام أو الظهار أو غيره، فأما إن علقت منه فيغير ملكه لم تصر بذلك أم ولد سواء علقت منه بمملوك مثل أن يطأها فى ملك غيره بنكاح أو زنا أو علقت بحر مثل أن يطأها بشبهة أو غر من أمة وتزوجها على أنها حرة فاستولدها أو اشترى جارية فاستولدها فبانت مستحقة فإن الولد حر ولا تصير الأمة أم ولد فى هذه المواضع بحال، وفيه وجه آخر أنه إن ملكها بعد ذلك صارت أم ولد، وقد ذكرنا الخلاف فى ذلك فى المسألة التى قبل هذه، والمقصود بذكر هذه الشروط ههنا ثبوت الحكم عند اجتماعها، وأما انتفاؤه عند انتفائها فيذكر فى مسائل مفردة لها.

الشرط الثالث: أن تضع ما يتبين فيه شىء من خلق الإنسان من رأس أو يد أو رجل أو تخطيط سواء وضعته حيّا أو ميتًا وسواء أسقطته أو كان تامّا، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: إذا ولدت الأمة من سيدها فقد عتقت، وإن كان سقطًا(٣١)، وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه قال: أعتقها ولدها وإن كان ولدها سقطًا، قال الأثرم: قلت لأبى عبد الله: أم الولد إذا أسقطت لا تعتق؟ فقال: إذا تبين فيه يد أو رجل أو شىء من خلقه فقد عتقت، وهذا قول الحسن والشافعى، وقال الشعبى: إذا تلبث فى الخلق الرابع فكان مخلقًا انقضت به عدة الحرة

والصحيح أنه لا قصاص عليها، وإذا لم يجب القصاص فعليها قيمة نفسها، وهذا قول أبى يوسف، وقال الشافعى: عليها الدية، لأنها تصير حرة ولذلك لزمها موجب جنايتها والواجب على الحر بقتل الحر دية.

ولنا: أنها جناية من أم ولد فلم يجب بها أكثر من قيمتها كما لو وجب على أجنبى، ولأن اعتبار الجناية فى حق الجانى بحال الجناية بدليل ما لو جنى عبد فأعتقه سيده وهى فى حال الجناية أمة، فإنها إنما عتقت بالموت الحاصل بالجناية فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها إذا قتلت غيرها، ولأنها ناقصة بالرق أشبهت القن، وتفارق الحر فإنه جنى وهو كامل وإنما تعلق موجب الجناية بها، لأنها فوتت رقها بقتلها سيدها فأشبه ما لو فوت المكاتب الجانى رقه بأدائه.

---

(٣١) أخرجه البيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٤٦) وسعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٦١/ ٢٠٥١).

وأعتقت به الأمة، ولا أعلم فى هذا خلافًا بين من قال بثبوت حكم الاستيلاد، فأما إن ألقت نطفة أو علقة لم يثبت به شيء من أحكام الولادة، لأن ذلك ليس بولد، وروى يوسف بن موسى أن أبا عبد الله قيل له: ما تقول فى الأمة إذا ألقت مضغة أو علقة؟ قال: تعتق، وهذا قول إبراهيم النخعى، وإن وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق الآدمى فشهد ثقات من القوابل أن فيها صورة خفية تعلقت بها الأحكام، لأنهن اطلعن على الصورة التى خفيت على غيرهن، وإن لم يشهدن بذلك لكن علم أنه مبتدأ خلق آدمى إما بشهادتهن أو غير ذلك ففيه روايتان: **إحداهما**: لا تصير به الأمة أم ولد ولا تنقضى به عدة الحرة ولا يجب على الضارب المتلف له الغرة ولا الكفارة، وهذا ظاهر كلام الخرقى والشافعى وظاهر ما نقله الأثرم عن أحمد ﷺ وظاهر كلام الحسن والشعبى وسائر من اشترط أن يتبين شيء فيه خلق الإنسان، لأنه لم يبن فيه شيء من خلق الآدمى أشبه النطفة والعلقة، **والثانية**: تتعلق به الأحكام الأربعة، لأنه مبتدأ خلق آدمى أشبه إذا تبين، وخرج أبو عبد الله بن حامد رواية ثالثة وهو أن الأمة تصير بذلك أم ولد ولا تنقضى به عدة الحرة، لأنه روى عن أحمد ﷺ فى الأمة إذا وضعت فسمته القوابل فعلمن أنه لحم ولم يتبين لحمه تحتاط فى العدة بأخرى ويحتاط بعتق الأمة، وظاهر هذا أنه حكم بعتق الأمة ولم يحكم بانقضاء العدة، لأن عتق الأمة يحصل للحرية فاحتيط بتحصيلها، والعدة يتعلق بها تحريم التزويج وحرمة الفرج فاحتيط بابقائها، وقال بعض الشافعية بالعكس، لا تجب العدة ولا تصير الأمة أم ولد، لأن الأصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله، ولا يصح، لأن العدة كانت ثابتة والأصل بقاؤها على ما كانت عليه، والأصل فى الآدمى الحرية فتغلب ما يفضى إليها، والله أعلم.

11- **مسألة: (ولا حد على قاذفها وعنه عليه الحد)**.

والأول قول أكثر أهل العلم، وروى عن أحمد أن عليه الحد، لأن ذلك يروى عن ابن عمر، ولأن قذفها قذف لولدها الحر وفيها معنى منع بيعها أشبهت الحرة، والأول أصح، لأنها أمة حكمها حكم الإماء فى أكثر أحكامها ففى الحد أولى، لأن الحدود تدرأ بالشبهات، ويحتاط لإسقاطها، ولأنها أمة تعتق بالموت أشبهت المدبرة، وتفارق الحرة فإنها كاملة.

فصل: ولا يجب القصاص على الحرة بقتلها لعدم المكافأة، فإن كان القاتل رقيقًا وجب القصاص عليه، لأنها أكمل منه، وإن جنت على عبد أو أمة جناية فيها القصاص لزمها القصاص، لأنها أمة أحكامها أحكام الإماء واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالمدبرة.

فصل: قال الشيخ ﷺ: وإذا أسلمت أم ولد الكافر منع من غشيانها وحيل بينه وبينها وأجبر على نفقتها إن لم يكن لها كسب، فإن مات قبل ذلك عتقت وعنه أنها تستسعى فى حياته وتعتق.

يصح استيلاد الكافر لأمته كما يصح منه عتقها، وإذا استولد أمته ثم أسلمت لم تعتق فى

٢٠١٥- مسألة: قال: **(فإذا مات فقد صارت حرة وإن لم يملك غيرها)**.

يعنى أن أم الولد تعتق من رأس المال وإن لم يملك سواها، وهذا قول كل من رأى عتقهن لا نعلم بينهم فيه خلافًا، وسواء ولدت فى الصحة أو المرض، لأنه حاصل بالتذاذه وشهوته وما يتلفه فى لذاته وشهوته يستوى فيه حال الصحة والمرض كالذى يأكله ويلبسه، ولأن عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوى فيه المرض والصحة كقضاء الديون والتدبير والوصية ولا نعلم فى هذا خلافًا بين من رأى عتقهن.

قال سعيد: حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن نافع قال: أدرك ابن عمر رجلان فقالا: إنا تركنا هذا الرجل يبيع أمهات الأولاد ـ يعنيان ابن الزبير ـ فقال ابن عمر: أتعرفان أبا حفص؟ فإنه قضى فى أمهات الأولاد أن لا يبعن ولا يوهبن، يستمتع بها صاحبها فإذا مات فهى حرة(٣٢).

وقال: حدثنا غياث عن حصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال: قال عمر ﷺ ما من رجل كان يقر بأنه يطأ جاريته ويموت إلا أعتقها إذا ولدت وإن كان سقطًا(٣٣).

فصل: ولا فرق بين المسلمة والكافرة والعفيفة والفاجرة ولا بين المسلم والكاافر والعفيف والفاجر فى هذا فى قول أئمة أهل الفتوى من أهل الأمصار، لأن ما يتعلق به العتق يستوى فيه المسلم والكافر والعفيف والفاجر كالتدبير والكتابة، ولأن عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه فإذا استويا فى النسب استويا فى حكمه، وروى سعيد حدثنا هشيم أخبرنا منصور عن ابن سيرين عن أبى عطية الهمدانى أن عمر بن الخطاب ﷺ قال فى أم ولد: إن أسلمت وأحصنت وعفت أعتقت، وإن كفرت وفجرت وغدرت رقت(٣٤)، وقال: حدثنا

الحال، وبه قال الشافعى، وقال مالك: تعتق إذ لا سبيل إلى بيعها، ولا إلى إقرار ملكه عليها لما فيه من إثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالأمة القن، ونقل مهنا عن أحمد مثل ذلك، وعن أحمد رواية أخرى أنها تستسعى فإن أدت عتقت، وهو قول أبى حنيفة، لأن فيه جمعًا بين الحقين: حقها فى أن لا يبقى ملك الكافر عليه وحقه فى حصول عوض ملكه فأشبه بيعها إذا لم تكن أم ولد.

ولنا: أنه إسلام طرأ على ملك فلم يوجب عتقًا ولا سعاية كالعبد القن، وما ذكروه حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها ويقابلها ضرر، فإن فى إعتاقها مجانًا إضرارًا بالمالك بإزالة ملكه بغير عوض وفى الاستسعاء إلزامها الكسب بغير رضاها وتضييع لحق سيدها، لأن فيه إحالة

---

(٣٢) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٦٢/ ٢٠٥٣) والبيهقى فى «السنن» (١٠/ ٣٤٣، ٣٤٨)- وعبد الرزاق فى «المصنف» (٧/ ٢٩٢، ٢٩٣/ ١٣٢٢٨، ١٣٢٢٩).

(٣٣) تقدم فى المسألة رقم (٢٠١٤/ ٢٧).

(٣٤) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٢٦/ ٢٠٠٥).

هشيم أخبرنا يحيى عن أم ولد رجل ارتدت عن الإسلام فكتب فى ذلك إلى عمر بن عبد العزيز ﷺ وكتب عمر بيعوها ليسبيها أحد من أهل دينها[٣٥]، وإذا كان مبنى عتق أمهات الأولاد على قول عمر ﷺ وقد قال هذا القول فينبغى أن يختص العتق بالمسلمة العفيفة دون الكافرة الفاجرة لانتفاء الدليل الذى ثبت به عتقهن، والله أعلم.

٢٠١٦- مسألة: قال: (**وإذا صارت الأمة أم ولد بما وصفنا ثم ولدت من غيره كان له حكمها فى العتق بموت سيدها**).

وجملته أن أم الولد إذا ولدت بعد ثبوت حكم الاستيلاد لها من غير سيدها من زوج أو غيره فحكم ولدها حكمها فى أنه يعتق بموت سيدها ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ويمتنع فيه ما يمتنع فيها، قال أحمد ﷺ: قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما ولدها بمنزلتها[٣٦] ولا نعلم فى هذا خلافًا بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد إلا أن عمر بن عبد العزيز ﷺ قال: هم عبيد، فيحتمل أنه أراد أنه لا يثبت لهم حكم أمهم، لأن الاستيلاد مختص بها فيختص بحكمه كولد من علق عتقها بصفة ويحتمل أنه أراد أنهم عبيد حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة، لأن الولد يتبع أمه فى الرق والحرية فيتبعها فى سببه إذا كان متأكدًا كولد المكاتبة والمدبرة بل ولد أم الولد أولى، لأن سبب العتق فيها مستقر ولا سبيل إلى إبطاله بحال فإن ماتت أم الولد قبل سيدها لم تبطل حكم الاستيلاد فى الولد وتعتق بموت سيدها، لأن السبب لم يبطل وإنما تثبت الحرية فيها، لأنها لم يبق محلاً وكذلك ولد المدبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه، وأما ولد المكاتبة إذا ماتت فإنه يعود رقيقًا، لأن العقد يبطل بموتها فلم يبق حكمه فيه وقد ذكرنا فى هذا خلافًا فيما تقدم، وإن أعتق السيد أم الولد أو المدبرة لم يعتق ولدها، لأنها عتقت بغير السبب الذى تبعها فيه ويبقى عتقه موقوفًا على موت

على سعاية لا يدرى هلى يحصل منها شيء أو لا؟ وإن حصل فالظاهر أنه يكون يسيرًا فى أوقات متفرقة وجوده قريب من عدمه والأولى أن يبقى الملك على ما كان عليه، ويمنع من وطئها والتلذذ بها كيلا يفعل ذلك وهو مشرك، ويحال بينه وبينها ويمنع الخلوة بها لئلا يفضى إلى الوطء المحرم، ويجبر على نفقتها على التمام، لأنها مملوكته ومنعه من وطئها بغير معصية منها فأشبهت الحائض والمريضة وتسلم إلى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بأمرها، وإن احتاجت إلى آجر أو أجر مسكن فعلى سيدها، وذكر القاضى أن نفقتها فى كسبها والفاضل منه لسيدها، فإن عجز كسبها عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها؟ على روايتين، ونحو هذا مذهب الشافعى، قال شيخنا: والصحيح أن نفقتها على سيدها وكسبها له يصنع به ما شاء، وعليه نفقتها على التمام سواء كان لها كسب أو لم يكن، لأنها مملوكته ولم يجر

(٣٥) أخرجه سعيد بن منصور فى «سننه» (٢/ ٢٠٥٦/ ٢٦ - ٣٦) وفى إسناده مجهول.

(٣٦) أخرجه البيهقى فى «سننه» (١٠/ ٣٤٨، ٣٤٩).

سيده، وكذلك إن أعتق ولدهما لم يعتقا بعتقه، وإن أعتق المكاتبة فقد قال أحمد وسفيان وإسحاق: المكاتبة إذا أدت أو أعتقت عتق ولدها وأم الولد والمدبرة إذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد، فظاهر هذا أن ولد المكاتبة يتبعها فى العتق بإعتاق سيدها، لأنه فى حكم مالها يستحق كسبه فيتبعها إذا أعتقها كمالها ولأن إعتاقها يمنع أداءها بسبب من السيد فأشبه ما لو أبرأها من مال الكتابة.

فصل: فأما ولد أم الولد قبل استيلادها وولد المدبرة قبل تدبيرها والمكاتبة قبل كتابتها فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب فى أمه ولهذا لا يتبعها فى العتق المنجز ففى السبب أولى، وذكر أبو الخطاب فى ولد المدبرة قبل التدبير روايتين فيخرج ههنا مثله وهو بعيد لأن الولد المنفصل لا يتبعها فى عتق ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شىء من الأحكام سوى الإسلام بشرط كونه صغيرًا فكيف يتبع فى التدبير؟ ولأنه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله.

٢٠١٧- **مسألة:** قال: **(وإذا أسلمت أم ولد النصرانى منع من وطئها والتلذذ بها وأجبر على نفقتها فإذا أسلم حلت له وإن مات قبل ذلك عتقت)**.

وجملة ذلك: أن الكافر يصح منه الاستيلاد لأمته كما يصح منه عتقها، وإذا استولد الذمى أمته ثم أسلمت لم تعتق فى الحال، وبهذا قال الشافعى وقال مالك: تعتق إذ لا سبيل إلى بيعها ولا إلى إقرار ملكه عليها لما فيه من إثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالأمة القن، وعن أحمد ﷺ رواية أخرى أنها تستسعى فإن أدت عتقت وهو قول أبى حنيفة، لأن فيه جميعًا بين الحقين حقها فى أن لا يبقى ملك الكافر عليها وحقه فى حصول عوض ملكه فأشبه بيعها إذا لم تكن أم ولد.

بينهما عقد يسقط نفقتها، ولا تملك به كسبها فهى كأمته القن أو ما قبل إسلامها، ولأن الملك سبب لهذين الحكمين والحادث منهما لا يصلح مانعًا، لأن الاستيلاد لا يمنع منها بدليل ما قبل إسلامها، والإسلام لا يمنع بدليل ما لو وجد قبل ولادتها، واجتماعهما لا يمنع، لأنه لا نص فيه ولا هو فى معنى المنصوص عليه، لأنه إذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى إلى هلاكها وضياعها، ولأنه يملك فاضل كسبها فلزمه فضل نفقتها كسائر مماليكه.

12- **مسألة: (وإذا وطئ أحد الشريكين الجارية وأولدها صارت أم ولد له وولده حر وعليه قيمة نصيب شريكه، فإن كان معسرًا كان فى ذمته)**.

وطء الجارية المشتركة محرم بغير خلاف علمناه بين أهل العلم ولا حد فيه فى قول أكثر أهل العلم، وقال أبو ثور: يجب عليه الحد، لأنه وطء محرم أشبه وطء الأمة الأجنبية.

ولنا: أنه وطء صادف ملكه فلم يجب الحد كوطء زوجته الحائض، ويفارق ما لا ملك له فيه فإنه لا شبهة له فيها، ولهذا لو سرق عينًا له فيها شرك لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك

ولنا: أنه إسلام طرأ على ملك فلم يوجب عتقًا ولا سعاية كالعبد القن وما ذكروه مجرد حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها وبقاؤها ضرر فإن فى عتقها مجانًا إضرارًا بالمالك بإزالة ملكه بغير عوض وفى الاستسعاء إلزام لها بالكسب بغير رضاها وتضييع لحقه، لأن فيه إحالة على سعاية لا تدرى هل يحصل منها شىء أو لا؟ وإن حصل فالظاهر أنه يكون يسيرًا فى أوقات متفرقة وجوده قريب من عدمه والحق أن يبقى الملك على ما كان عليه ويمنع من وطئها والتلذذ بها كى لا يطأها ويبتذلها وهو مشرك، ويحال بينه وبينها ويمنع الخلوة بها لئلا يفضى إلى الوطء المحرم ويجبر على نفقتها على التمام، لأنها مملوكته ومنعه من وطئها بغير معصية منها فأشبهت الحائض والمريضة وتسلم إلى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بأمرها، وإن احتاجت إلى آجر أو أجر مسكن فعلى سيدها.

وذكر القاضى أن نفقتها فى كسبها وما فضل من كسبها فهو لسيدها وإن عجز عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها؟ على روايتين، ونحو هذا مذهب الشافعى والصحيح أن نفقتها على سيدها وكسبها له يصنع به ما شاء وعليه نفقتها على التمام سواء كان لها كسب أو لم يكن، لأنها مملوكة له ولم يجر بينهما عقد يسقط نفقتها ولا يملك به كسبها فأشبهت أمته القن أو ما قبل إسلامها، ولأن الملك سبب لهذين الحكمين والحادث منهما لا يصلح مانعًا، لأن الاستيلاد لا يمنع منهما بدليل ما قبل إسلامها، والإسلام لا يمنع بدليل ما لو وجد قبل ولادتها، واجتماعهما لا يمنع، لأنه لا نص فيه ولا هو فى معنى المنصوص عليه، ولأنه إذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى إلى هلاكها وضياعها، ولأنه يملك فاضل كسبها فيلزمه فضل نفقتها كسائر مماليكه.

٢٠١٨- مسألة: قال: **(وإذا عتقت أم الولد بموت سيدها فما كان فى يدها من شىء فهو لورثة سيدها).**

قطع ويجب عليه التعزير بغير خلاف نعلمه لما ذكرنا فى حجة أبى ثور، فإن وطئها ولم تحمل منه فهى باقية على ملكهما وعليه نصف مهر مثلها، لأنه وطء سقط فيه الحد للشبهة فأوجب مهر المثل كما لو وطئها يظنها امرأته وسواء طاوعته أو أكرهها، لأن وطء جارية الغير يوجب المهر وإن طاوعت، لأن المهر لسيدها لا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت فى قطع بعض أعضائها والواجب عليه من المهر بقدر ملك الشريك فيها، فأما إن أحبلها ووضعت ما يتبين فيه بعض خلق الإنسان فإنها تصير بذلك أم ولد للواطئ كما لو كانت خالصة له، وتخرج بذلك عن ملك الشريك كما تخرج بالإعتاق موسرًا كان الواطئ أو معسرًا، لأن الإيلاد أقوى من الإعتاق.

وهذا قول الخرقى ويلزمه نصف قيمتها، لأنه أخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته كما لو أخرجه بالإعتاق أو الإتلاف فإن كان موسرًا أداه، وإن كان معسرًا فهو فى ذمته كما لو

إنما كان كذلك لأن أم الولد أمة وكسبها لسيدها وسائر ما فى يدها له، فإذا مات سيدها فعتقت انتقل ما فى يدها إلى ورثته كسائر ماله وكما فى يد المدبرة، ويخالف المكاتبة فإن كسبها فى حياة سيدها لها فإذا عتقت بقى لها كما كان لها قبل العتق.

٢٠١٩- مسألة: قال: **(ولو أوصى لها بما فى يدها كان لها إذا احتمله الثلث).**

وجملته أن الوصية لأم الولد تصح فلا نعلم فيه خلافًا بين أهل العلم القائلين بثبوت حكم الاستيلاد، وبهذا قال الشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى.

وقد روى الإمام أحمد وسعيد بن منصور عن هشيم حدثنا حميد عن الحسن أن عمر بن الخطاب أوصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف(٣٧)، ولأن أم الولد حرة فى حال نفوذ الوصية لها، لأن عتقها يتنجز بموته فلا تقع الوصية لها إلا فى حال حريتها، وأما قوله إذا احتمله الثلث، فلأن الوصية كلها لا تلزم إلا فى الثلث فما دون، وهذا منها، وما زاد على الثلث يقف على إجازة الورثة، فإن أجازوه جاز وإلا رد إلى الورثة، ولا تعتبر قيمة أم الولد من الثلث، لأنها تعتق من رأس المال فلا تحتسب من الثلث كقضاء الديون وأداء الواجبات.

فصل: وإن أوصى لمدبره أو مدبرته صحت الوصية أيضًا، إلا أنه تعتبر قيمته وما أوصى له به من الثلث لأن التدبير تبرع فكان من الثلث كالوصية، فإن خرجا من الثلث عتق وكان ما أوصى به له وصحت الوصية، لأنها وقعت فى حال حريته فأشبهت الوصية لأم ولده، وإن لم يخرجا من الثلث اعتبرت قيمته من الثلث فيعتق منه بقدر الثلث ليعتق دون المال، وإن كانت قيمته بقدر الثلث عتق ولا وصية له، وإن فضل من الثلث شىء بعد عتقه فله من الوصية تمام الثلث ويقف ما زاد على إجازة الورثة.

٢٠٢٠- مسألة: قال: **(وإذا مات عن أم ولده فعدتها حيضة).**

أتلفها والولد حر يلحق نسبه بوالده، لأنه من وطء فى محل له فيه ملك فأشبه ما لو وطئ زوجته فعلى هذا القول إن وطئها الثانى بعد ذلك فأولدها فعليه مهرها، لأنه وطء صادف ملك الغير فأشبه وطء الأمة الأجنبية فإن كان عالمًا فولده رقيق، لأنه وطء فى غير ملك ولا شبهة ملك فهو كوطء مملوكة غيره وإن جهل إيلاد شريكه، وإنها صارت أم ولد له فولده حر، لأنه من وطء شبهة وعليه فداؤه بقيمته يوم الولادة، لأنه الوقت الذى يمكن التقويم فيه ذكره الخرقى، وقال القاضى: الصحيح عندى أن الأول لا يسرى استيلاده إذا كان معسرًا ولا يقوم عليه نصيب شريكه بل يصير نصفها أم ولد ونصفها قن باق على ملك الشريك، لأن الإحبال كالعتق ويجرى مجراه فى التقويم والسراية واعتبر فى سرايته اليسار كالعتق وهو قول أبى الخطاب ومذهب الشافعى، فعلى هذا إذا ولدت يحتمل أن يكون الولد كله حرًا، واحتمل أن يكون نصفه حرًا ونصفه رقيقًا كأمه وكولد المعتق بعضها، وبهذا يتبين أنه لم يستحل انعقاد

---

(٣٧) تقدم فى (جـ٨/ ٢٨٤).

إنما كان كذلك، لأن الواجب عليها استبراء نفسها لخروجها عن ملك سيدها الذى كان يطؤها فكان ذلك بحيضة كما لو أعتقها سيدها فى حياته، وإنما سمى الخرقى هذا عدة، لأن الاستبراء أشبه العدة فى كونه يمنع النكاح وتحصل به معرفة براءتها من الحمل، وقد ذكرنا هذه المسألة فى العدد والخلاف فيها على ما مضى.

٢٠٢١- مسألة: قال: (**وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها**).

وجملته أن أم الولد إذا جنت تعلق أرش جنايتها برقبتها وعلى السيد أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو دونها، وبهذا قال الشافعى، وحكى أبو بكر عبد العزيز قولاً آخر أنه يفديها بأرش جنايتها بالغة ما بلغت، لأنه لم يسلمها فى الجناية فلزمه أرش جنايتها بالغة ما بلغت كالقن، وقال أبو ثور وأهل الظاهر: ليس عليه فداؤها وتكون جنايتها فى ذمتها تتبع بها إذا عتقت، لأنه لا يملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحرة.

ولنا: أنها مملوكة له كسبها لم يسلمها فلزمه أرش جنايتها كالقن ولا تلزمه زيادة على قيمتها، لأنه لم يمتنع من تسليمها، وإنما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محلاً للبيع ولا لنقل الملك فيها، وفارقت القن إذا لم يسلمها، فإنه إن أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها مزايد أكثر من قيمتها، فإذا امتنع مالكها من تسليمها أوجبنا عليه الأرش بكماله، وفى مسألتنا لا يحتمل ذلك فيها، فإن بيعها غير جائز فلم يكن عليه أكثر من قيمتها.

فصل: وإذا ماتت قبل فدائها فلا شىء على سيدها، لأنه لم يتعلق بذمته شىء وإنما تعلق برقبتها، فإذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه، وإن نقصت قيمتها قبل فدائها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء، لأنها لو تلف جميعها لسقط الفداء فوجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها، وإن زادت قيمتها زاد فداؤها، لأن متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالرقيق القن،

الأول من حر وقن، ووجه القول الأول أن الاستيلاد أقوى من العتق ولهذا ينفذ من رأس المال من المريض ومن المجنون بخلاف الإعتاق.

فصل: وهل يلزمه نصف قيمة الولد؟ على وجهين ذكرهما أبو الخطاب: **أحدهما:** لا يلزمه، وهو ظاهر كلام الخرقى، لأن الولد خلق حرًّا فلم يلزمه قيمة ولده الحر، **والثانى:** يلزمه نصف قيمته لشريكه، لأن الوطء صادف ملك غيره، وإنما انتقلت بالوطء الموجب للمهر فيكون الوطء سبب الملك ولا يثبت الحكم إلا بعد تمام سببه فيلزم حينئذ تقدم الوطء على ملكه فيكون فى ملك غيره وفعله ذلك مع انخلاق الولد على ملك الشريك فيجب عليه نصف قيمته كولد المغرور، وقال القاضى: إن وضعت الولد بعد التقويم فلا شىء على الواطئ، لأنها وضعته فى ملكه ووقت الوجوب حالة الوضع ولا حق للشريك فيها ولا فى ولدها، وإن وضعته قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه؟ على روايتين ذكرهما أبو بكر واختار أنه لا يلزمه.

وينبغى أن تحسب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد، لأن ذلك نقصها فاعتير كالمرض وغيره من العيوب، ولأن الواجب قيمتها فى حال فدائها وقيمتها ناقصة عن قيمة غير أم الولد فيجب أن ينقص فداؤها وأن يكون مقدار قيمتها فى حال كونها أم ولد، والحكم فى المدبرة كالحكم فى أم الولد إلا أنها يجوز بيعها فى رواية فيمكن تسليمها للبيع إن اختار سيدها، وإن امتنع منه فهل يفديها بأقل الأمرين ويلزمه أرش الجناية بالغًا ما بلغ؟ يخرج على روايتين.

فصل: وإن كسبت بعد جنايتها شيئًا فهو لسيدها، لأن الملك ثابت له دون المجنى عليه، وإن ولدت فهو لسيدها أيضًا، لأنه منفصل عنها فأشبه الكسب، وإن فداها فى حال حملها فعليه قيمتها حاملاً، لأن الولد متصل بها فأشبه سمنها، وإن أتلفها سيدها فعليه قيمتها، لأنه أتلف حق غيره فأشبه ما لو أتلف الرهن، وإن نقصها فعليه نقصها، لأنه لما ضمن العين ضمن أجزاءها، والله أعلم.

٢٠٢٢- مسألة: قال: **(فإن عادت فجنت فداها كما وصفت).**

وجملته أن أم الولد إذا جنت جنايات لم تخل من أن تكون الجنايات كلها قبل فداء شيء منها أو بعده، فإن كانت قبل الفداء تعلق أرش الجميع برقبتها ولم يكن عليه فيها كلها إلا قيمتها أو أرش جميعها وعليه الأقل منهما، ويشترك المجنى عليهم فى الواجب لهم فإن وفى بها وإلا تحاصوا فيه بقدر أروش جناياتهم، وإن كان الثانى بعد فدائها من الأولى فعليه فداؤها من التى بعدها كما فدى الأولى، وقال أبو الخطاب: عن أحمد ﷺ رواية ثانية إذا فداها بقيمتها مرة لم يلزمه فداؤها بعد ذلك، لأنها جانية فلم يلزمه أكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها، وقال الشافعى ﷺ فى أحد قوليه: لا يضمنها ثانيًا ويشارك الثانى الأول فيما أخذه كما لو كانت الجنايات قبل فدائها.

ولنا: أنها أم ولد جانية فلزمه فداؤها كالأولى، ولأن ما أخذه الأول عوض جنايته أخذه بحق فلم يجز أن يشاركه غيره فيه كأرش جناية الحر أو الرقيق القن، وفارق ما قبل الفداء، لأن أرش الجنايات تعلق برقبتها فى وقت واحد فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة كما لو كانت الجنايات على واحد.

13- **مسألة: (وعند القاضى وأبى الخطاب إن كان الأول معسرًا لم يسر استيلاده وتصير أم ولد لهما يعتق نصفها بموت أحدهما)** لأنها أم ولد له وقد ذكرنا ذلك، وإن أعتق أحدهما نصيبه بعد ذلك وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه؟ على وجهين: **أحدهما:** لا يسرى عتقه، لأنه يبطل حق صاحبه من الولاء الذى قد انعقد سببه بالاستيلاد، **والثانى:** يقوم عليه لحديث ابن عمر، وهو أولى وأصح إن شاء الله تعالى.

فصل: ولا فرق بين أن يكون فى الأمة ملك قليل أو كثير فالحكم فى ذلك واحد، لأن مالك اليسير يملك بعضها أشبه الكثير.

والله سبحانه وتعالى أعلم

فصل: فإن أبرأ بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقين إذا كانت كلها قبل الفداء، وإن كانت الجناية المعفو عنها بعد فدائه توفر أرشها على سيدها، والله أعلم.

٢٠٢٣- **مسألة:** قال: (**ووصية الرجل لأم ولده وإليها جائزة**).

أما الوصية لها فقد ذكرناها وأما الوصية إليها فجائزة، لأنها فى حال نفوذ الوصية حرة فأشبهت زوجته أو غيرها من النساء، ويعتبر لصحة الوصية إليها ما يعتبر فى غيرها من العدالة والعقل وسائر الشروط، وسواء كانت الوصية على أولادها أو غيرهم أو وصى إليها بتفريق ثلثه أو قضاء دينه أو إمضاء وصيته أو غير ذلك.

٢٠٢٤- **مسألة:** قال: (**وله تزويجها وإن كرهت**).

وجملته أن للرجل تزويج أم ولده أحبت ذلك أم كرهت، وبهذا قال أبو حنيفة ﷺ وهو أحد قولى الشافعى واختيار المزنى، وقال فى القديم: ليس له تزويجها إلا برضاها، لأنها قد ثبت بها حكم الحرية على وجه لا يملك السيد إبطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمكاتبة، وقال فى الثالث: ليس له تزويجها وإن رضيت، لأن ملكه فيها قد ضعف وهى لم تكمل فلم يملك تزويجها كاليتيمة، وهل يزوجها الحاكم على هذا القول؟ فيه خلاف، وقد روى عن أحمد ﷺ أنه قيل له: إن مالكًا لا يرى تزويجها، فقال: وما نصنع بمالك؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان: إذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها.

ولنا: أنها أمة يملك الاستمتاع بها واستخدامها فملك تزويجها كالقن، وفارقت المكاتبة، فإنه لا يملك ذلك منها، والقول الثالث فاسد لذلك ولأنه يفضى إلى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة إليه، وقولهم: يزوجها الحاكم لا يصح، فإن الحاكم لا يزوج إلا عند عدم الولى أو غيبته أو عضله ولم يوجد واحد منها، إذا ثبت هذا فإنه إذا زوجها فالمهر له، لأنه بمنزلة كسبها وكسبها له، وإذا عتقت بموته فإن كان زوجها عبدًا فلها الخيار، ولأنها عتقت تحت عبد وإن كان حرًا فلا خيار لها.

٢٠٢٥- **مسألة:** قال: (**ولا حد على من قذفها**).

هذا قول أكثر أهل العلم، وقد روى عن أحمد ﷺ أنه عليه الحد، لأن ذلك يروى عن ابن عمر (٣٨) ولأن قذفها قذف لولدها الحر وفيها معنى يمنع بيعها فأشبهت الحرة والأول أصح، لأنها أمة حكمها حكم الإماء فى أكثر أحكامها، ففى الحد أولى، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطها، ولأنها أمة تعتق بالموت أشبهت المدبرة، وتفارق الحرة فإنها كاملة.

فصل: ولا يجب القصاص على الحرة بقتلها لعدم المكافأة وإن كان القاتل لها رقيقًا

---

(٣٨) أخرجه عبد الرزاق فى «المصنف» (٧/ ٤٣٩/ ١٣٧٩٩) وابن أبى شيبة فى «المصنف» (٦/ ٤٨٢) من كتاب «الحدود» باب «من قال يضرب قاذف أم الولد».

وجب القصاص عليه، لأنها أكمل منه، وإن جنت على عبد أو أمة جناية فيها القصاص لزمها القصاص، لأنها أمة أحكامها أحكام الإماء واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالمدبرة.

٢٠٢٦- مسألة: قال: **(وإن صلت مكشوفة الرأس كره لها ذلك وأجزأها)**.

إنما كره لها كشف رأسها في صلاتها، لأنها قد أخذت شبهًا من الحرائر لامتناع بيعها، وقد سأل أحمد رضي الله عنه عن أم الولد كيف تصلى؟ قال: تغطى رأسها وقدميها، لأنها لا تباع، وكان الحسن يحب للأمة إذا عهدها سيدها - يعنى وطئها - أن لا تصلى إلا مجتمعة، وإن صلت مكشوفة الرأس أجزأها، لأنها أمة حكمها حكم الإماء، قال إبراهيم: تصلى أم الولد بغير قناع، وإن كانت بنت ستين سنة، وقد روى عن أحمد رضي الله عنه رواية أخرى أن عورتها عورة الحرة، وذكرنا ذلك فى كتاب الصلاة(٣٩) والصحيح أن حكمها حكم الإماء وإنما خالفتهن فى استحقاقها للعتق وامتناع نقل الملك فيها وهذا لا يوجب تغير الحكم فى عورتها كالمدبرة، ولأن الأصل بقاء حكمها فى إباحة كشف رأسها ولم يوجد ما ينتقل عنه من نص ولا ما فى معناه فيبقى الحكم على ما كان عليه.

٢٠٢٧- مسألة: قال: **(وإذا قتلت أم الولد سيدها فعليها قيمة نفسها)**.

وجملته أن أم الولد إذا قتلت سيدها عتقت، لأنها لا يمكن نقل الملك فيها وقد زال ملك سيدها بقتله فصارت حرة كما لو قتله غيرها، وعليها قيمة نفسها إن لم يجب القصاص عليها، وهذا قول أبى يوسف، وقال الشافعى: عليها الدية، لأنها تصير حرة ولذلك لزمها موجب جنايتها والواجب على الحر بقتل الحر دية.

ولنا: أنها جناية من أم ولد فلم يجب بها أكثر من قيمتها كما لو جنت على أجنبى، ولأن اعتبار الجناية فى حق الجانى بحال الجناية بدليل ما لو جنى على عبد فأعتقه سيده وهى فى حال الجناية أمة فإنها إنما عتقت بالموت الحاصل بالجناية فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها إذا قتلت غيره، ولأنها ناقصة بالرق أشبهت القن وتفارق الحر، فإنه جنى وهو كامل، وإنما تعلق موجب الجناية بها لأنها فوتت رقها بقتلها لسيدها فأشبه ما لو فوت المكاتب الجانى رقه بأدائه، وأما إن قتلت سيدها عمدًا ولم يكن لها منه ولد فعليها القصاص لورثة سيدها، وإن كان له منها ولد وهو الوارث وحده فلا قصاص عليها، لأنه لو وجب لوجب لولدها ولا يجب للولد على أمه قصاص، وقد توقف أحمد رضي الله عنه عن هذه المسألة فى رواية مهنا، وقال: دعنا من هذه المسائل، وقياس مذهبه ما ذكرناه، وإن كان لها منه ولد وله أولاد من غيرها لم يجب القصاص أيضًا، لأن حق ولدها من القصاص يسقط كله، وقد نقل مهنا عن أحمد رضي الله عنه أنه يقتلها أولاده من غيرها، وهذه الرواية تخالف أصول مذهبه، والصحيح أنه لا قصاص عليها ويجب عليها فداء نفسها بقيمتها كما لو عفا بعض مستحقى القصاص عن حقه منه.

والله أعلم والحمد لله وحده وصلى الله على محمد

---

(٣٩) انظر المسألة رقم (١٩٨) من المجلد الثانى.

فهرس موضوعات المجلد الرابع عشر

الموضـــــوع	الصفحة
كتاب الشهادات	٥
تحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية	٦
لا يقبل فيما سوى الأموال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين	٨
لا يقبل فى الأموال أقل من رجل وامرأتين ورجل عدل مع يمين الطالب	١٣
يقبل فيما لا يطلع عليه الرجال مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة وما أشبهها شهادة امرأة عدل	١٩
ومن لزمته الشهادة فعليه أن يقوم بها على القريب والبعيد لا يسعه التخلف عن إقامتها وهو قادر على ذلك	٢٢
من لم يكن من الرجال والنساء عاقلاً مسلمًا بالغًا عدلاً لم تجز شهادته	٣٢
فصل: فى اللعب	٤٩
فصل: فى الملاهى	٥٢
فصل: فى قراءة القرآن بالألحان	٦٢
ولا تقبل شهادة الطفيلى	٦٥
ولا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط والغفلة	٧٥
وتجوز شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت	٧٧
ولا تجوز شهادة الأخرس بحال	٧٩
ولا تجوز شهادة الوالدين وإن علوا للولد وإن سفل، ولا شهادة الولد وإن سفل لهما وإن علوا	٨١
باب أقسام المشهود به	٩٦
باب الشهادة على الشهادة والرجوع عن الشهادة	١١٦
كتاب الأقضية	١١٧
باب اليمين فى الدعاوى	١٥٣
كتاب الدعاوى والبينات	١٨١
باب فى تعارض البينتين	٢٢٦
كتاب العتق	٢٥٤
كتاب التدبير	٣٣٢
يجوز التدبير مطلقًا ومقيدًا	٢٣٥
وإن ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره	٣٤٣
وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فولدها بمنزلتها	٣٤٦
وإذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره	٣٦٠
كتاب المكاتب	٣٦٤
وتجوز الكتابة على كل مال يجوز السلم فيه	٣٧٨
لا تنفسخ الكتابة بالجنون	٣٩٤
إن وصى السيد بمال الكتابة لرجل صح	٤٠٠
لا يمنع المكاتب من السفر	٤٠٤
ليس للمكاتب أن يزوج عبيده وإماءه بغير إذن سيده	٤٠٨
والمكاتب محجور عليه فى ماله فليس له استهلاكه ولا هبته	٤١٠
وإذا جنى المكاتب بدئ بجنايته قبل	

الموضوع	الصفحة
كتابته فإن عجز كان سيده مخيراً بين أن يفديه بقيمته إن كانت أقل من جنايته أو يسلمه	٤٥٢
إن جنى المكاتب على سيده فيما دون النفس فالسيد خصمه	٤٥٥
لا يُكَفِّرُ المكاتب بغير الصوم	٤٧٠
وولد المكاتبة الذين ولدتهم فى الكتابة يعتقون بعتقها	٤٧١
يجوز بيع المكاتب	٤٧٤
وإذا قال السيد: كاتبتك على ألفين، وقال العبد على ألف فالقول قول السيد مع يمينه	٤٩٥
ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده بعض كتابته ويضع عنه بعض كتابته	٤٩٩
وإذا عجز المكاتب ورد فى الرق وكان قد تصدق عليه بشىء فهو لسيده	٥٠٤
كتاب عتق أمهات الأولاد	٥١٩